Die Abwicklung eines Fixgeschäftes gemäss § 18 KO. beim Zusammentreffen von Stichtag und Konkurseröffnung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Kurt Bräuer

Referendar.

Breslau

Druck von Wilh. Gottl. Korn

1912.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. **Herbert Meyer.**
Korreferent: Professor Dr. **Fischer.**

Meiner Braut

in Liebe zugeeignet

Der Verfasser

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

I. Teil.

A. Begriff und Wesen der in § 18 KO behandelten Geschäfte (Fixgeschäfte)

§ 2. a) Festsetzung der Lieferungszeit „genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist" 4

§ 3. b) Besondere Betonung der festen Lieferungszeit.

1. Rechtliche Natur der Betonung und die sich daraus ergebenden Folgen 7
2. Äußere Kennzeichnung der Betonung. 14
3. Die Betonung gefolgert aus dem Parteiwillen . . 14

§ 4. c) Abgrenzung gegen ähnliche Geschäfte 16

§ 5. d) Folgen der Änderung der Lieferungszeit 19

§ 6. B. Die Börsengeschäfte. 21

§ 7. C. Das Fixgeschäft im Prozeß 23

II Teil.

Die regelmäßigen Voraussetzungen für Fixgeschäfte im Falle des § 18 KO.

§ 8. Überblick. 26

§ 9. a) Ein von keiner Partei vollständig erfülltes Fixgeschäft 27

§ 10. b) Fixe Zeitbestimmung nur für die Leistung des Verkäufers. 32

§ 11. c) Lieferung von Waren und Wertpapieren 32

§ 12. d) Vorhandensein eines Markt- oder Börsenpreises . . . 34

III. Teil.

Der besondere Fall bei Zusammentreffen von Stichtag und Tag der Konkurseröffnung.

Seite

§ 13. a) Ratio legis des § 18 KO 37
§ 14. b) Der Zeitpunkt der Konkurseröffnung.
1. Wichtigkeit der Feststellung desselben 38
2. Berechnung des Zeitpunktes nach § 108 KO . . . 39
c) Die sich ergebenden Möglichkeiten 41
§ 15. 1. Überblick über die möglichen Fälle 41
2. Die Behandlung der Fälle im einzelnen.
§ 16. aa) Die Lieferungszeit liegt vor der Konkurseröffnung 43
§ 17. bb) Die Lieferungszeit fällt auf dieselbe Stunde wie die Konkurseröffnung 47
§ 18. cc) Die Lieferungszeit liegt nach der Konkurseröffnung 50
§ 19. Schluß 56

Literatur-Verzeichnis.

Amon: Über die Erfüllung schwebender Rechtsverhältnisse im Konkurse. Erlanger Diss. 1896.

Brachmann: Die Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners unter besonderer Berücksichtigung der §§ 15—21, 14 und 44 der Reichskonkursordnung. 1883.

Braunschw. Z. = Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig, Jahrgang 1905.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts 1910. 7. Aufl.

Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, aufgestellt im Reichsjustizamt.

Dernburg: Das bürgerliche Recht. VI, 4. Aufl. 1909, II 2 3. Aufl. 1904.

Endemann, F. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. I. Bd. 1903.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Aufl. 1909.

Fuchs: Der Deutsche Konkursprozeß 1877.

Goldmann: Das Handelsgesetzbuch. 1. Bd. 1906.
3. Bd. 1906.

Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts Bd. 46.

Hahn, von: Kommentar zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 2. Bd. 1875. 2. Aufl.

Hellmann: Lehrbuch des deutschen Konkursrechts. 1907.

Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen. 1908.

Juristische Wochenschrift 1909. 38. Jahrgang.

Kippenberg: Der Einfluß der Eröffnung des Konkursverfahrens auf noch nicht erfüllte zweiseitige Verträge. Leipziger Dissertation 1907.

Kohler: Lehrbuch des Konkursrechts. 1891.

Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Bd. 1901.
Lesser: Der Inhalt der Leistungspflicht. 1909.
Makower: Das Handelsgesetzbuch. I. Bd. 1. Teil. 1901.
Mandry: Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze 1885.
Motive zum Entwurf der Konkursordnung für das Deutsche Reich vom Jahre 1877.
Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse. 1910. 3. Aufl.
Oetker: Über den Einfluß der Eröffnung des Konkursverfahrens auf noch nicht erfüllte gegenseitige Verträge. Bei Busch: Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. Bd. 14. 1889.
Petersen-Kleinfeller: Konkursordnung für das Deutsche Reich 1900.
Recht, Das: Rundschau für den deutschen Juristenstand. 1909. 13. Jahrgang.
Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. 2. Bd. 1903.
Salings Börsenpapiere, I. Allgemeiner Teil. 1908.
Sarwey, von-Bossert: Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. 1901.
Seuffert: Deutsches Konkursprozeßrecht. 1899.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. 1. Bd. 1906. 2. Bd. 1907.
Nachtrag, betreffend die Börsentermingeschäfte, die handelsrechtlichen Lieferungsgeschäfte und die Differenzgeschäfte. 1909.
Thöl: Handelsrecht. 1. Bd. 1879. 5. Aufl.
Tröger: Das Fixgeschäft. Heidelberger Diss. 1910.
Völderndorff, von: Konkursordnung für das Deutsche Reich. 1. Bd. 2. Aufl.
Wengler: Die Konkursordnung für das Deutsche Reich 1879.
Willenbücher: Die Konkursordnung nebst Anfechtungsgesetz. 1909.
Wilmowski, von-Kurlbaum: Die Deutsche Reichskonkursordnung. 1906.
Wolff: Konkursordnung. 1900.

§ 1.

Einleitung.

Der § 18 der deutschen Konkursordnung normiert die konkursmäßige Behandlung solcher Geschäfte — des bürgerlichen wie des Handelsrechts —, in welchen

„die Lieferung von Waren, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben, genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist bedungen ist,"

für den Fall,

„daß die Zeit oder der Ablauf der Frist erst nach der Eröffnung des Verfahrens eintritt."

Die maßgebliche Grenze ist nach diesen im ersten Absatz des § 18 gegebenen Bestimmungen der Zeitpunkt der Konkurseröffnung .

Rechtsgeschäfte, bei denen der Eintritt der Zeit oder der Ablauf der Frist schon vor der Eröffnung des Konkursverfahrens erfolgt, kommen naturgemäß für den Konkurs gar nicht in Betracht, soweit sie erfüllt sind. Bestehen zur Zeit der Konkurseröffnung noch Ansprüche — sei es auf Seiten des Gemeinschuldners oder des Gegners — so greifen, wie unten an der einschlägigen Stelle kurz gestreift werden soll, die allgemeinen Regeln der Konkursordnung Platz: Jedenfalls bleibt § 18 für diesen Fall ausgeschlossen.

Wie wickeln sich nun solche Geschäfte der erwähnten Art im Konkurse ab, bei denen die Lieferungszeit auf den Tag der Konkurseröffnung fällt?

Liegen auch hier die besonderen Voraussetzungen vor, unter denen die Konkursordnung Geschäften mit fest

bedungener Lieferungszeit eine besondere Regelung angedeihen läßt? d. h. ist auch in diesem Falle der § 18 KO maßgebend?

Zur ersprießlichen Behandlung dieser Frage erscheint es geboten, die in § 18 KO behandelten Geschäfte einer eingehenden Erörterung zu unterziehen, sowie die besonderen Voraussetzungen des § 18 zu prüfen. Natürlich liegt es nicht im Rahmen der vorliegenden Arbeit, alle Einzelheiten dieser Geschäfte, besonders ihre gewöhnlichen Folgen zu erörtern. Sie sollen vielmehr nur insoweit behandelt werden, als es zur Entscheidung der Frage nötig erscheint.

Die von Wissenschaft und Praxis sogen. Fixgeschäfte, die der § 18 KO behandelt, umfassen einmal die rein bürgerlich-rechtlichen im § 361 BGB behandelten Fixgeschäfte, zum anderen den sogen. Handelsfixkauf[1]) oder Fixhandelskauf[2]) des § 376 HGB.

Als Fixgeschäfte des bürgerlichen Rechts kommen nach § 361 BGB nur gegenseitige Verträge in Betracht[3]), d. h. Verträge, bei denen sich Leistung und Gegenleistung so gegenüberstehen, daß die eine von der anderen abhängig ist, für das Handelsrecht der Handelskauf[3], d. h. derjenige Kauf, der

[1]) Fischer-Henle § 361 Anm. 3.

[2]) Staub II, S. 1561.

[3]) Die Beschränkung der Fixgeschäfte auf gegenseitige Verträge im bürgerlichen Recht und auf Handelskäufe im Handelsrecht ergibt sich unzweideutig aus dem Gesetz selbst, aus § 361 BGB: „Ist in einem gegenseitigen Vertrage . . . .“ und der Stellung des § 376 HGB unter den Titel „Handelskauf“. (Demzufolge erübrigt sich auch im HGB ein ausdrücklicher Hinweis auf die Natur als Handelskauf, wie er im BGB: „Ist in einem gegenseitigen Vertrage . . .“ nötig gewesen ist.) Über die Gründe der Beschränkung geben die Protokolle der ersten Lesung zum BGB S. 626 Aufschluß. Siehe auch Endemann S. 848 Anm. 14. Über die weiteren Beschränkungen im Falle der Regelung durch § 18 KO und die Gründe hierfür siehe unten Teil II der Arbeit.

1. Waren oder Wertpapiere (§ 381, 1 HGB) zum Gegenstand hat (vgl. RGZ 26, 43) und bei dem
2. mindestens auf der einen Seite das Geschäft ein Handelsgeschäft ist.

Von § 18 KO werden davon nur die Geschäfte geregelt, welche die Lieferung von markt- oder börsengängigen Waren zum Gegenstande haben. Hierunter fällt in erster Linie der Kauf, ferner der Tausch, da nach § 515 BGB auf den Tausch die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung finden.

Schließlich wird hierher auch der in § 651 BGB und § 381 Abs. 2 HGB behandelte sogen. Werklieferungsvertrag gehören, d. h. derjenige Vertrag, bei welchem sich der Unternehmer verpflichtet, das Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen.

I. Teil.

Begriff und Wesen der in § 18 KO. behandelten Geschäfte (Fixgeschäfte).

§ 2.

a) Festsetzung der Lieferungszeit „genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist".

Das Gesetz vermeidet Ausdrücke wie Fixgeschäft oder Handelsfixkauf und kennzeichnet umschreibend diese Geschäfte als

„Verträge, bei denen bedungen (vereinbart) ist, daß die Leistung des einen Teils genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll."

Es kommt also zunächst darauf an, daß im Vertrage eine festbestimmte Zeit, zu welcher oder eine festbestimmte Frist, innerhalb welcher geleistet werden soll, festgesetzt ist.

Bei beiden Zeitbestimmungen wird wohl immer ein bestimmter Zeitpunkt das Maßgebende sein: der sogen. Stichtag. Entweder ist die Leistung so vereinbart, daß sie nur zu einem bestimmten Zeitpunkte — Tag, Stunde, ja sogar zu einem Glockenschlage[1]) — erfolgen kann, oder es ist ein Zeitpunkt insofern maßgebend, als bei

[1]) Thöl, S. 942 Anm. 2.

seinem Eintritt die Leistung bewirkt sein muß[1]). (Cosack lehnt allerdings diese Bezeichnung bei Fixierung einer Frist ab S. 398.)

Die Frage, wann ein solcher Zeitpunkt „festbestimmt" sein soll, hat das Reichsoberhandelsgericht und das Reichsgericht in zahlreichen Entscheidungen beschäftigt und ist nicht immer unbestritten gewesen.

Unzweifelhaft liegt die geforderte Bestimmtheit vor, wenn ein Kalendertag als Leistungszeit festgesetzt ist, eventuell noch eine festbestimmte Stunde an diesem Tage, z. B. die Leistung ist zu bewirken am 20. Juli 1910 vormittags 11 Uhr (oder bis zu diesem Zeitpunkt).

Aber auch wenn kein bestimmter Kalendertag angegeben ist, wird man es doch für ausreichend erachten können, wenn „die Zeitbestimmung den festen Zeitpunkt sicher erkennen läßt"[2]). Man wird demnach auch dann eine festbestimmte Zeit annehmen können, wenn ein Kalendertag unverkennbar duch Ausdrücke bezeichnet ist, wie sie im Handel und an der Börse üblich sind. Ein gutes Beispiel dafür sind die Ultimotermine im Börsenverkehr, die für das ganze Jahr — wenn auch nicht immer für den letzten Tag des Monats — kalendermäßig bestimmt und veröffentlicht werden[3]).

Schließlich kann auch eine Zeitbestimmung, die an sich einen gewissen Spielraum gewährt und dadurch gegen das Vorliegen eines Fixgeschäfts sprechen würde, dadurch zu einer fixen Zeitbestimmung werden, daß der Handelsbrauch oder Börsenusancen unzweideutig auf einen bestimmten Kalendertag hinweisen (vgl. die „Allgemeinen Bedingungen beim An- und Verkauf von Getreide in Danzig" § 21 bei v. Hahn S. 383 Anm. 21: Für Lieferung zum Frühjahr oder per Frühjahr soll

[1]) v. Hahn S. 380 Anm. 8: Was vom Lieferungstag gilt, gilt auch von der durch einen bestimmten Tag begrenzten Frist.

[2]) Lehmann-Ring S. 137.

[3]) Thöl, S. 18. Lehmann-Ring, S. 138.

der Zeitraum vom 21. März bis 20. Mai maßgebend sein).

Jedenfalls muß ein bestimmter Tag von vornherein bei Abschluß des Vertrages vorauszusehen sein. Sind die Ausdrücke, mit welchen die Lieferungszeit fixiert ist, ganz unbestimmte und lassen der Willkür der Parteien einen gewissen Spielraum, so ist in jedem Falle ein Fixgeschäft abzulehnen. Solche Ausdrücke sind: Lieferung binnen kürzester Frist (ROHG Bd. III, S. 287) sofortige Lieferung (eod, S. 438), umgehend, schleunigst, so schnell als möglich (Busch bei Lehmann-Ring, S. 137) im Juni, Juli, August (ROHG Bd. 7, S. 260, Bd. 12, S. 283) in nächster Woche (Bd. 9, S. 83) u. a. m.

Ein Fixgeschäft ist auch dann nicht anzunehmen, wenn ein Ereignis als Lieferungszeit bestimmt ist, von dem nicht genau feststeht, wenn es eintreten wird, mag dies Ereignis in der Erklärung eines Kontrahenten oder in einer sonstigen Tatsache bestehen z. B. bei erster offener Schiffahrt, Ende der Zuckerfabrikkampagne, bei Kündigung[1]) (dagegen Staub, S. 1561 und ROHG Bd. 7, S. 145).

Ist jedoch ein von dem Eintritt des Ereignisses an zu berechnender Termin festgesetzt, so läßt sich dieser, wenn auch nicht zur Zeit des Kaufabschlusses, so doch eine gewisse Zeit vorher genau kalendermäßig bestimmen. Man denke z. B. daran, daß eine Lieferung 14 Tage nach Kündigung[2]) bedungen ist. Dann steht bei Abschluß des Vertrages eine genaue Lieferungszeit nicht fest, was von vornherein gegen das Vorliegen eines Fixgeschäfts sprechen würde. Ist aber die Kündigung erst einmal er-

[1]) v. Hahn, S. 383 ROHG Bd 9, S. 432. Dernburg, S. 142 Lehmann-Ring, S. 138.

[2]) ROHG Bd. VII, S. 145; weitere Beispiele: 8 Tage nach Eröffnung der Schiffahrt s. Hahn S. 285, oder abzuliefern in Southampton am Tage nach Abgang des Dampfers A von Hamburg; Makover II, S. 1154.

folgt, dann steht auch die Lieferung genau fest. Man kann also sagen, daß bei derartigen Vereinbarungen zwar die Lieferungszeit nicht von vornherein genau bestimmt, wohl aber eine gewisse Zeit vorher genau bestimmbar ist.

Diese Bestimmbarkeit hat das Reichsoberhandelsgericht für ausreichend erklärt, die Lieferungszeit zu einer festbestimmten zu machen[1]).

Aus alledem folgt, daß die Lieferungszeit bei Fixgeschäften eine gewisse Zeit vor ihrem Eintritt sich auf einen bestimmten Kalendertag reduzieren lassen muß.

Daß der festbestimmte Zeitpunkt im Kaufvertrage sehr fernliegend bestimmt ist, spricht an sich noch nicht gegen das Vorliegen eines Fixgeschäfts. Vereinbart z. B. A mit B am 1. Mai 1911, daß B ihm genau am 1. Mai 1912 100 Zentner Weizen liefern solle, so ist es wohl möglich, daß A an der Lieferung gerade am 1. Mai 1912 ein ganz besonderes Interesse hat und deshalb in dem Vertrage dem Zeitmoment die den Fixgeschäften eigene besondere Bedeutung beigelegt wissen will. Jedoch wird der Umstand, daß der Lieferungstermin sehr fernliegend bestimmt ist, besonders, wenn noch weitere Anzeichen dafür sprechen, darauf schließen lassen, daß den Parteien an einer dem Fixgeschäft entsprechenden genauen Einhaltung der Zeit nicht so viel gelegen ist[2]).

§ 3.

b) Besondere Betonung der festen Lieferungszeit.

1. Rechtliche Natur der Betonung und die sich daraus ergebenden Folgen.

Die Vereinbarung einer bestimmten Lieferungszeit ohne weitere Zusätze bedeutet in der Regel noch keine

[1]) v. Hahn, S. 383.
[2]) Lehmann-Ring, S. 138.

fixe Zeitbestimmung[1]). Es muß vielmehr aus dem Vertrage deutlich hervorgehen, daß die Parteien der fixbestimmten Leistungszeit eine anderen Verträgen sonst nicht innewohnende ganz besondere Bedeutung beilegen wollen[2]).

In zahlreichen Entscheidungen haben das Reichsoberhandelsgericht und das Reichsgericht — ihnen hat sich auch die Mehrzahl der Kommentatoren angeschlossen — das dahin ausgedrückt, daß „nach der ausdrücklichen oder stillschweigenden Absicht der Parteien die Erfüllungszeit ein derartig wesentlicher Bestandteil des Geschäfts sein soll, daß eine verspätete Leistung von vornherein nicht mehr als Erfüllungshandlung dieses Vertrages angesehen werden soll"[3]).

Es entsteht nun die Frage, ob dadurch beim Fixgeschäft nur eine der drei Modalitäten der Leistungspflicht — Gegenstand, Ort und Zeit — nämlich die Zeit eine besondere Betonung erfahren oder zum Gegenstand der Leistung als wesentlicher Bestandteil derselben werden soll.

Das Reichsgericht zieht diese Konsequenz in seinem Urteil vom 14. Mai 1902[4]).

[1]) Staub, S. 1562. ROHG Bd. 5, S. 172.

[2]) Oertmann, S. 248; Lesser S. 112.

[3]) Von gewissem Interesse ist die Beobachtung, daß Oertmann in der zweiten Auflage seines Werkes Anmerkung zu § 361 in Übereinstimmung mit den anderen Kommentatoren ganz auf dem Boden des Reichsoberhandelsgerichts und Reichsgerichts steht und die angeführte Begriffsbestimmung bringt. In der dritten Auflage setzt er sich hierzu ausdrücklich in Gegensatz und sagt in Anlehnung an Lesser, daß ein Fixgeschäft dann vorliege, wenn aus dem Vertrage deutlich hervorgehe, daß die Parteien der fixbestimmten Leistungszeit eine andern Verträgen sonst nicht innewohnende ganz besondere Bedeutung beilegen wollen.

[4]) Gruchot, Bd. 46 Nr. 58 S. 902; so auch ROHG Bd. 2 S. 93; 3, 375; 9, 408; 13, 168; 16, 292; RG Bd. 1 S. 241; 6, 26; 36, 83—85; 51, 348.

Gehört aber das Zeitmoment zum Gegenstand der Leistung, so würde eine Nichteinhaltung der Leistungszeit die Unmöglichkeit der Leistung bedeuten. Dieser Auffassung, wie sie auch Siber (bei Lesser, S. 112) ausspricht, ist aber keineswegs beizutreten. Es kann wohl das Zeitmoment zum Gegenstand der Leistung gehören (vgl. § 4), jedoch bleibt gerade bei den Fixgeschäften die Leistung an sich objektiv möglich. Denn hat z. B. A. dem B. am 15. Mai fix 100 Zentner Weizen zu liefern, so bleibt der Leistungsgegenstand derselbe und somit die Lieferung möglich, auch wenn dieselbe erst später erfolgt. Wohl kann sich durch eine Säumnis der Wert des Leistungsgegenstandes ändern; das bedingt aber noch nicht die Unmöglichkeit der ganzen Leistung.

Ein weiterer Beweis dafür, daß die Leistung bei Fixgeschäften durch Versäumung der Leistungszeit nicht unmöglich wird, ergibt sich auch schon aus den §§ 361 BGB und 376 HGB. § 361 gibt dem Nichtsäumigen „im Zweifel" ein Rücktrittsrecht, wenn die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit oder innerhalb der bestimmten Frist erfolgt. Dieser Paragraph ist daher eine bloße Auslegungsregel, die es den Parteien unbenommen läßt, die Erfüllung des Vertrages auch nach Eintritt der Säumnis zu wählen und darauf zu bestehen[1]). Wollte man Unmöglichkeit annehmen, so würde daraus folgen, daß die Leistung gar nicht mehr nachgeholt werden kann. Dies ist aber, wie gezeigt, sehr wohl angängig.

Ebenso kann bei dem von § 376 HGB zugelassenen Bestehen auf Erfüllung nicht davon die Rede sein, daß die Leistung bei nicht rechtzeitiger Erfüllung unmöglich wird[2]).

[1]) Lesser S. 113; Oertmann S. 248; Planck Anm. 1 zu § 361 u. a. m.

[2]) Lehmann-Ring S. 139.

So sagt P l a n c k § 361 Anm. 1 ganz richtig: „Nicht vorausgesetzt wird, daß die Leistung dadurch, daß sie nicht zu der bestimmten Zeit erfolgt, überhaupt unmöglich wird. In diesem Fall finden vielmehr die §§ 323 bis 325 BGB Anwendung."

Man muß demnach zu dem Schluß kommen, daß die besondere Betonung der Leistungszeit lediglich die Bedeutung hat, daß „die pünktliche Einhaltung der Leistungszeit- oder Frist für den Gläubiger von entscheidendem oder doch besonderem Interesse sei"[1]), und zwar derart, daß ihm nach Ablauf der Leistungszeit trotz objektiver Möglichkeit der Leistung das Recht zustehen soll, vom Vertrage abzugehen.

Dieses entscheidende oder besondere Interesse an der pünktlichen Leistung wird gerade bei Handelskäufen, überhaupt in wirtschaftlichen Betrieben sehr oft vorhanden sein, besonders wenn es sich um Waren handelt, die starken Preisschwankungen unterliegen und bei denen daher schon eine Säumnis von wenigen Tagen einen erheblichen Preisunterschied bedeuten kann. (s. S. 37.)

Hat nun die Leistungszeit infolge irgend welchen Interesses eine derartige Betonung erfahren, so mußte auch der Gesetzgeber diesem Umstande bei der Regelung der Fixgeschäfte Rechnung tragen. Dies ist schon im alten Deutschen Handelsgesetzbuch geschehen, das zum ersten Male den Fixgeschäften einen besonderen Artikel widmete, und von da in das neue Handelsgesetzbuch und in das Bürgerliche Gesetzbuch übernommen wurde.

Welche Unterschiede zeigen sich nun bei der Behandlung der Fixgeschäfte den anderen gegenseitigen Verträgen gegenüber?

Bei gewöhnlichen gegenseitigen Verträgen muß man unterscheiden, ob der Schuldner, der seine Leistung

---

[1]) O e r t m a n n, S. 268.

nicht zur rechten Zeit bewirkt, im Verzuge ist oder nicht.

Der Schuldnerverzug erfordert nach bürgerlichem Recht einmal Fälligkeit und Mahnung (§ 284) und verschuldete (§ 285) Nichtleistung. Die Mahnung erübrigt sich nach § 284 Abs. 2 Satz 1, wenn für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist.

Ist nun der Schuldner nicht in Verzuge — sei es, daß die Forderung noch nicht fällig ist oder der Gläubiger nicht gemahnt hat oder die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den der Schuldner nicht zu vertreten hat — so bleibt der Vertrag bestehen, der Gläubiger kann nur die Leistung verlangen, der Schuldner muß dieselbe bewirken. Ist dagegen der Schuldner im Verzuge, so kommt § 326 BGB zur Anwendung.

Der nichtsäumige Gläubiger der Leistung behält natürlich nach wie vor den Anspruch auf nachträgliche Erfüllung und daneben eventuell näher von ihm zu substantiierende Schadensersatzansprüche wegen der Verspätung.[1])

Außerdem kann er aber noch weitere Rechte dann geltend machen, wenn er dem Säumigen zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmt, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Ist die Frist verstrichen, ohne daß der Schuldner geleistet hat, so kann der Gläubiger der Leistung entweder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder er kann vom Vertrag zurücktreten. Der Anspruch auf Erfüllung ist nach ergebnislosem Ablauf der gesetzten Nachfrist nach § 326 Satz 2 BGB ausgeschlossen; trotzdem kann natürlich der Gläubiger auch dann noch Erfüllung annehmen oder eine nachträgliche Erfüllung mit dem Schuldner vereinbaren.[2])

[1]) Dernburg S. 252.
[2]) Dernburg S. 257.

Die Setzung einer Nachfrist erübrigt sich

1. wenn die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzugs für den anderen Teil kein Interesse hat (§ 326 Abs. 2 BGB)

und nach Ansicht des Reichsgerichts, die es in verschiedenen Entscheidungen ausgesprochen[1])

2. auch dann, wenn der in Verzug geratene Schuldner dem Gläubiger gegenüber ernstlich erklärt, er werde keineswegs leisten (a. M.: OLG Breslau in Rechtsprechung der OLG Bd. IV, S. 14, Fischer-Henle, Anm. 4 zu § 326 BGB).

Dies sind die Verzugs- bezw. Säumnisfolgen bei gewöhnlichen gegenseitigen Verträgen, deren Erörterung erforderlich erschien, um die Besonderheiten in der Behandlung der Fixgeschäfte hervorheben zu können. Eine solche allgemeine Erörterung empfahl sich umsomehr, als diese Normen infolge des Fehlens besonderer Vorschriften auch für den Handelskauf gelten und demnach die Regel bilden, von welcher § 361 BGB sowohl wie § 376 HGB Ausnahmen sind[2]).

Das Charakteristikum der Fixgeschäfte besteht wie gezeigt darin, daß der genau bestimmten Lieferungszeit eine anderen Verträgen nicht innewohnende erhöhte Bedeutung beigelegt wird.

Diesem Umstande mußte bei Regelung der Säumnisfolgen bei Fixgeschäften Rechnung getragen werden: Wird die bedungene Leistung am Stichtage nicht bewirkt, so genügt diese Tatsache nach bürgerlichem wie nach Handelsrecht, um dem Nichtsäumigen das Recht zu geben, vom Vertrage zurückzutreten. Es ist vor allem nicht nötig, daß der säumige Vertragsteil im Verzuge ist. Es ist also weder nötig, daß den Säumigen ein Ver-

[1]) RG Bd. 31 S. 34, 9; Bd. 52 S. 152; Bd. 53 S. 11; S. 161; Bd. 56 S. 231.

[2]) Tröger S. 46.

schulden trifft, noch ist eine Mahnung erforderlich. Die einzigen Voraussetzungen sind wie gesagt: Fälligkeit und Nichtleistung.

Nun ist schon vorher darauf hingewiesen worden und soll auch unten noch weiter erörtert werden, daß dem Fixgeschäfte im Handelsrecht naturgemäß eine weitaus größere Bedeutung zukommt als dem bürgerlichrechtlichen Fixgeschäft. Dies kommt auch in der Regelung der Säumnisfolgen zum Ausdruck.

Nach § 361 BGB hat bei Säumnis des einen Teils der Nichtsäumige im Zweifel das Recht, vom Vertrage zurückzutreten, gleichgültig, ob der Säumige im Verzuge ist oder nicht. Der Anspruch auf Erfüllung bleibt daneben aber noch bestehen. Ist der zur Leistung Verpflichtete nun außerdem noch im Verzuge, so kann der andere Vertragsteil die noch weitergehenden Rechte aus § 326 BGB geltend machen (s. o.).

Im Handelsrecht ist bei Säumnis des einen Teils — wiederum gleichgültig, ob Verzug vorliegt oder nicht — nach § 376 HGB das primäre das Recht des Nichtsäumigen, vom Vertrage zurückzutreten. Das Recht auf Erfüllung hat der Nichtsäumige nur dann, wenn er sofort nach dem Ablaufe der Zeit oder der Frist dem Gegner anzeigt, daß er auf Erfüllung bestehe. Diese Vorschrift ist deshalb unentbehrlich, weil in Anbetracht der starken Preisschwankungen der im Handelsverkehr befindlichen Waren Gewißheit darüber, ob das Geschäft zur Abwickelung gelangt oder nicht, erforderlich ist. Ist der Schuldner im Verzuge, so kann nach § 376 HGB der Gegner statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. (Der § 376 HGB. gibt weiter noch eingehendere Vorschriften über die Abwickelung der Fixgeschäfte, deren Erörterung an dieser Stelle überflüssig erscheint. Abs. 3 wird ja auch im Falle des Konkursverfahrens deshalb gegenstandslos, weil ein Selbsthilfeverkauf nach der Konkursordnung überhaupt ausgeschlossen ist.)

2. Äußere Kennzeichnung der Betonung.

Wie schon erwähnt, muß sich die besondere Betonung der Leistungszeit unzweideutig aus dem zugrundeliegenden Vertrage ergeben.

Am sichersten geschieht dies durch die Beifügung besonderer auf den Charakter als Fixgeschäft hinweisender Zusätze, wie z. B. „fix", „genau", „prompt", die naturgemäß nur dann ihre besondere Bedeutung haben, wenn sie zu einer festbestimmten Zeit hinzugesetzt sind. Öfters kommt auch die kassatorische (Verwirkungs-) Klausel vor.

Die Bedeutung dieser Zusätze liegt darin, daß durch sie die Absicht zum Ausdruck gelangt, das Fixgeschäft äußerlich als solches kenntlich zu machen. Vor allem sollen Zweifel, die sich ohne Vorhandensein solcher Zusätze ergeben, von vornherein ausgeschlossen sein. Diesen Zusätzen wohnt also eine gewisse Beweiskraft inne, die nur dadurch entkräftet werden kann, daß unzweideutig — sei es aus dem Vertrage, sei es durch das Verhalten der Parteien nach Eintritt des Stichtages oder in sonstiger Weise — nachgewiesen wird, daß die Parteien kein Fixgeschäft mit den Folgen eines solchen gewollt haben.

3. Die Betonung gefolgert aus dem Parteiwillen.

Spielt schon beim Vorhandensein besonderer auf den Charakter als Fixgeschäft hinweisender Zusätze der Parteiwille eine gewisse Rolle, so wird er beim Fehlen derselben der für die Beurteilung des Geschäfts ausschlaggebende Faktor sein. Hier muß allein aus dem deutlich im Vertrage zum Ausdruck kommenden Willen der Parteien hervorgehen, daß der festbestimmten Leistungszeit die den Fixgeschäften eigene, ganz besondere Be-

deutung beigelegt sein soll. Denn an sich bedeutet, wie erwähnt, die Verabredung einer bestimmten Zeit in der Regel nur die Setzung einer Zeitgrenze, innerhalb deren die Leistung bei Vermeidung der Verzugsfolgen bewirkt werden soll[1]).

Wenn nun auch in der Regel der Vertag innerhalb der Leistungszeit erfüllt werden wird, so fehlt einer solchen Vereinbarung doch die den Fixgeschäften eigene, ihr inneres Wesen kennzeichnende Absicht der Parteien, daß ohne Rücksicht auf Verzug „die pünktliche Einhaltung der Leistungszeit- oder Frist für den Gläubiger der fixen Leistung von entscheidendem oder besonderem Interesse sei." [2])

Der Ausdruck des Parteiwillens braucht nicht notwendig expressis verbis zu geschehen. Auch aus dem gesamten Charakter eines Geschäfts[3]), aus den Umständen des Falles in seiner Gesamtheit[4]), kann hervorgehen, daß die Parteien sich über die Eigentümlichkeiten des Fixgeschäfts im klaren gewesen sind und dieselben gewollt haben.

Der Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts[5]) vom 13. Dezember 1872 liegt ein solches Geschäft zugrunde, und zwar mit Waren, welche erfahrungsgemäß erheblichen Preisschwankungen unterliegen. Diese Tatsache allein würde zur Annahme eines Fixgeschäfts nicht genügen[6]). Das Geschäft ist aber im Börsenhandel in erkenntlicher Weise mit Rücksicht auf den durch jene Preisschwankungen zu erzielenden Gewinn geschlossen. Hier hat daher die festgesetzte Zeitbestimmung nicht wie gewöhnlich die Bedeutung einer Festsetzung

[1]) Braunschw. Z. 05. 92.
[2]) Oertmann, S. 248.
[3]) Cosack, S. 173.
[4]) Goldmann, S. 1630.
[5]) Bd. 8, S. 235.
[6]) ROHG Bd. 7 S. 260, Bd. 9 S. 409, Bd. 13 S. 169.

des Verfalltags, sondern die den Fixgeschäften eigene besondere Bedeutung, daß nach Ablauf der Zeit der Säumige nicht mehr auf Erfüllung rechnen darf.

In ähnlicher Weise schließt das ROHG Bd. 16, S. 292 aus dem Umstande, daß ein starken Kursschwankungen unterworfenes Papier auf Lieferung nach mehreren Monaten unter Vereinbarung eines letzten Monatstags als Stichtag gekauft war, auf das Vorliegen eines Fixgeschäfts.

Der Wille der Parteien muß auch hier darauf hinausgehen, daß durch die Festsetzung der Leistungszeit „eine für das Bestehen des Geschäfts insofern wesentliche Voraussetzung normiert wird, als die Nichteinhaltung der Frist zur Folge haben soll, daß der Säumige auf Annahme der verspäteten Leistung nicht weiter rechnen darf." [1])

§ 4.

c) Abgrenzung gegen ähnliche Geschäfte.

Streng von diesen Fällen zu scheiden sind solche Geschäfte, bei denen nicht nach dem Willen der Parteien, sondern objektiv eine Erfüllung nach Ablauf der im Vertrage bestimmten Frist keine Erfüllung des Vertrages ist[2]). (Z. B. Miete eines Fensters für einen Festzug, Errichtung einer Schaubühne zu einer Denkmalsenthüllung, Bestellung eines Wagens zum Ball.) [3])

Hier liegt kein Fixgeschäft vor, sondern es finden, falls mit dem Ablauf der Zeit die Erfüllung objektiv keine Erfüllung, sondern unmöglich [4]) ist, die

[1]) ROHG Bd. 8, S. 235.

[2]) Dernburg S. 141 Anm. 1 nennt solche Geschäfte „Fixgeschäfte des täglichen Lebens", was m. E. leicht zu Irrtümern Anlaß geben kann.

[3]) Oertmann, S. 249.

[4]) Rehbein, S. 257.

Vorschriften der §§ 323—325 BGB Anwendung. (Vgl. § 3, 1.) Ein gewisser Widerspruch findet sich bei Rehbein S. 257, S. 89. An der einen Stelle S. 257 macht Rehbein eine scharfe Trennung zwischen Fixgeschäften und den von uns oben erwähnten „Geschäften mit naturgemäß wesentlicher Erfüllungszeit"[1]) und sagt, daß bei den letzteren der nicht säumige Teil keine Wahl zwischen Rücktritt und dem Anspruch auf Erfüllung hat, während gerade das eigentliche Gebiet des § 361 die Fälle sind[2]), wo die Vereinbarung fixer Leistung die Möglichkeit der Leistung nach Ablauf der bestimmten Zeit oder der bestimmten Frist übrig läßt.

An der anderen Stelle wirft Rehbein[3]) beides zusammen und führt aus, das beiden gemeinschaftliche essentiale wäre der Umstand, daß die Erfüllungszeit, die sonst und regelmäßig nur eine nicht wesentliche Modalität, hier wesentlicher Bestandteil des Schuldverhältnisses wäre und dessen Wirkungen, nicht bloß die Fälligkeit beträfe. Daraus würde aber, wie S. 7 ff gezeigt, folgen, daß auch bei den Fixgeschäften bei Versäumung der verabredeten Erfüllungszeit die Leistung unmöglich wird.

Zu erwähnen sind an dieser Stelle auch noch solche Zeitgeschäfte, bei denen die Leistung nach Ablauf der Frist für die betreffende Partei kein Interesse mehr hat. Die Leistung an sich wird hier durch den Zeitablauf nicht unmöglich, bleibt vielmehr dieselbe wie vorher und bedeutet nach wie vor eine Erfüllung des Vertrages. Auch hier hat es das Gesetz für nötig gefunden, das Interesse der Partei, zu deren Gunsten die Zeitbestimmung erfolgte, zu schützen und gibt ihr in § 326 Abs. 2 BGB das Recht, ohne Fristsetzung Schadensersatz wegen

[1]) Tröger S. 9.
[2]) Rehbein S. 257.
[3]) Rehbein S. 89.

Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten.

Die Regelung dieser Geschäfte beruht unverkennbar auf demselben Rechtsgdanken wie die der Fixgeschäfte, unterscheidet sich aber von diesen wesentlich dadurch, daß bei den Fixgeschäften die erhöhte Bedeutung der Leistungszeit durch die Parteien[1]) bei Abschluß des Geschäftes vertragsmäßig vereinbart wird, bei jenen jedoch sich „erst im Augenblick der Nichterfüllung einseitig und subjektiv auf seiten des Nichtsäumigen eine höhere Bedeutung der Leistungszeit zeigt"[2]).

Hieraus ergibt sich mittelbar der weitere Unterschied, daß nämlich bei den Fixgeschäften auch nach Ablauf der Frist die Partei noch ein Interesse an der Leistung haben kann. Ferner auch ohne Nachweis des nicht mehr vorhandenen Interesses an der Lieferung, die von dem Gesetz an die Nichteinhaltung der Lieferungszeit geknüpften Folgen eintreten, während dieser Nachweis bei den erwähnten Geschäften die Voraussetzung bildet, unter der eine besondere Regelung nach § 326 Abs. 2 BGB eintritt.

Die Leistungszeit bei Fixgeschäften gehört weder zu dem Leistungszweck gewordenen Gegenstand der Leistung — woraus Unmöglichkeit der verspäteten Leistung folgen würde —, noch ist es notwendig, daß eine verspätete Leistung kein Interesse mehr für den betreffenden Vertragsteil hat. Ihre Bedeutung liegt vielmehr darin, daß das Gesetz bei dem deutlich zum Ausdruck gebrachten bloßen Willen der Parteien, der Leistungszeit die besprochene[3]) höhere Bedeutung beizulegen, die einfachen Verzugsfolgen als nicht ausreichend betrachtet hat. Da nämlich einerseits auch solche Fälle getroffen werden

[1]) Rehbein, II, S. 126.
[2]) Tröger, S. 14.
[3]) Tröger, S. 14.

sollten, bei denen Versäumung ohne Verzug (s. S. 14) vorlag, andererseits, wie oben gezeigt, keine Unmöglichkeit der Leistung vorliegt, mußte der Gesetzgeber eine besondere Regelung eintreten lassen.

§ 5.

d) Folgen der Änderung der Lieferungszeit.

Eine Erfüllung nach der im Vertrage festgesetzten Leistungszeit scheint dadurch nicht ausgeschlossen zu sein[1]), nur wird man hierbei prüfen müssen, ob in solchen Fällen die Parteien wirklich eine derartig strenge Einhaltung der Leistungszeit im Auge gehabt haben, wie sie beim Fixgeschäft nötig ist. Wie wichtig diese Frage ist, sei es, daß eine Regelung nach BGB, HGB oder im Konkurse eintreten soll, liegt auf der Hand. Denn je nachdem die Entscheidung ausfällt, wird man die besonderen Regeln Platz greifen lassen oder nicht.

Ganz klar liegt die Sache, wenn die Abänderung der Leistungszeit in der Absicht geschieht, einem von den Parteien als Fixgeschäft geschlossenen Vertrage nachträglich diese rechtliche Natur wieder zu entziehen, indem sie ihren übereinstimmenden Willen dahin kundtun, daß unter Aufrechterhaltung des Vertrages im übrigen die bedungene Erfüllungszeit entweder überhaupt nicht weiter gelten oder doch nicht mehr die für Fixgeschäfte wesentliche Bedeutung haben soll.

Das Reichsgericht sieht dies in seinem Urteil vom 4. Dezember 1908 [2]) sowohl vor als auch nach Eintritt des fixen Zeitpunktes als rechtlich möglich an, und zwar braucht eine derartige Verabredung nicht ausdrücklich zu erfolgen, sondern kann auch durch schlüssige Hand-

[1]) Darauf weisen auch schon wie oben gezeigt, die §§ 361 BGB und 376 HGB hin, die beide eine Erfüllung nach der fixen Lieferungszeit vorsehen.

[2]) JW 09, 57 Ziff. 27. Recht, 09 Ziff. 376.

lungen — die Parteien setzen z. B. ihre Lieferung fort, der Konkursverwalter wählt im Einverständnis mit dem Vertragsgegneer Erfüllung des Geschäfts — geschehen.

Dies ist nach der im § 3, 1 aufgestellten Ansicht über die rechtliche Natur der fixen Leistungszeit ganz einleuchtend, läßt sich aber (vgl. besonders die Begründung S. 7, 8, 9) mit der vom Reichsoberhandelsgericht aufgestellten und vom Reichsgericht übernommenen Begriffsbestimmung des Fixgeschäfts nicht recht in Einklang bringen. Nach dieser müßte vielmehr der ganze Vertrag mit der Entziehung der rechtlichen Natur als Fixgeschäft seine Bedeutung verlieren. Denn ist bei dem Fixgeschäft das Zeitmoment ein derart wesentlicher Bestandteil des Vertrages, daß mit seiner Innehaltung das Geschäft steht und fällt, so ist eine Änderung der Lieferungszeit nicht denkbar, wenn nicht zugleich der ganze Vertrag hinfällig werden soll. Durch eine solche Änderung würde der Vertrag, da das Zeitmoment zum Gegenstand der Leistung gehören würde, einen ganz anderen Inhalt bekommen; eine Erfüllung zu einer andern Zeit als der vereinbarten wäre keine Erfüllung dieses Vertrages (vergl. die in § 4 behandelten Geschäfte). Zu diesem Falle ließe sich eine Änderung der Lieferungszeit nur durch Abschluß eines neuen Vertrages erreichen. Nimmt man dagegen mit unserer im § 3, 1 aufgestellten Ansicht an, daß bei dem Abschluß eines Fixgeschäfts die Leistungszeit eine besondere Betonung dahin erfahren soll, daß die pünktliche Einhaltung derselben für den Gläubiger von entscheidendem oder besonderem Interesse sei, so bleibt der Vertragsinhalt derselbe, und es wird nur eine der drei Modalitäten der Leistungspflicht, nämlich die Zeit, geändert.

Wird die Leistungszeit durch Nachfristsetzung oder Prolongation geändert, so wird für jeden einzelnen Fall zu prüfen sein, ob hierbei nur der Stichtag hinausge-

schoben werden sollte, oder ob das Geschäft seinen Fixcharakter verliert[1])

§ 6.

Die Börsengeschäfte.

Das Hauptgebiet für Fixgeschäfte ist die Börse. Man unterscheidet die Börsengeschäfte in Kassageschäfte, bei welchen Wertpapiere gegen sofortige Barzahlung gekauft, bezw. unter sofortiger Lieferung verkauft werden[2]), und in Zeitgeschäfte, bei denen die Lieferung bezw. Abnahme der Wertpapiere nicht zur Zeit des Abschlusses, sondern an einem späteren Tage, dem sogenannten Stichtage erfolgt[3]). Die Kassageschäfte scheiden für uns von vornherein aus. Nach den Börsenusancen (Bedingungen) sind Kassageschäfte vielfach auch Geschäfte, die nicht sofort, sondern erst nach mehreren Tagen zu erfüllen sind. So erklärt sich auch der Standpunkt des neuen Börsengesetzes. (Nächste Seite.) Das Fixgeschäft fällt begrifflich unter die letztere Art der Geschäfte, da der Zeitpunkt des Vertragsschlusses und der Zeitpunkt der effektiven Lieferung immer — wenn auch nur kurze Zeit — auseinanderfallen muß.

Wenn nun auch das Fixgeschäft in der Tat bei den Geschäften der Börse die größte Rolle spielt, so ist doch heute der Fixcharakter kein essentiale des Börsentermingeschäfts.

Das alte Börsengesetz vom 22. Juni 1896 gab allerdings im § 48 eine Begriffsbestimmung des Börsentermingeschäfts, nach welcher dieses auch alle Erfordernisse des Fixgeschäfts haben mußte. Durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts ist jedoch die festbestimmte (fixe) Lieferungszeit ihres Charakters als wesentliche Voraus-

[1]) Staub, S. 1576. RG Bd. 36 S. 65 ff., Bd. 28 S. 25.
[2]) Saling S. 355.
[3]) Saling S. 356.

setzung für das Börsentermingeschäft entkleidet worden. So wird unbedingt (vergl. § 5) die Nachfristsetzung und Prolongation für Börsentermingeschäfte anerkannt[1]). Außerdem werden auch Kassageschäfte, die doch dem Wesen des Fixgeschäfts widerstreiten, dem Börsenterminhandel unterworfen[2]). Jedenfalls benimmt die Beseitigung eines festen Stichtages dem Geschäft seinen Charakter als Börsentermingeschäft nicht[3]). Die Eigentümlichkeit des Börsentermingeschäfts besteht in seiner Beziehung zu einem Terminmarkt, auf dem jederzeit ein völlig gleiches Geschäft als Gegengeschäft oder Erfüllungsgeschäft abgeschlossen werden kann, und auf dem sich für solche Geschäfte Preise und Usancen bilden, die die gleichzeitige Abwicklung großer Mengen von Geschäften durch Überweisung und Verrechnung ermöglichen und bezwecken[4]). Das eigentliche Ziel des Börsentermingeschäfts ist demnach der Differenzausgleich im Gegensatz zum eigentlichen Warenverkehr[5]).

Da hiernach alle Formen des Zeitgeschäfts und selbst das Kassageschäft Börsentermingeschäfte sein können, enthält das neue Börsengesetz vom 8. Mai 1908 keine Begriffsbestimmung des Börsentermingeschäfts. In der Begründung zum Entwurf vom 22. November 1907 sowie in der Reichstagskommission zur Beratung des Entwurfs wurde auf die Umschreibung des Begriffs der Börsentermingeschäfte durch das Reichsgericht zurückgegangen und dieselbe als maßgebend anerkannt. Wenn nun auch hieraus klar hervorgeht, daß die Börse unter Umständen für ihre Zeitgeschäfte des Fixcharakters entbehren kann[6]), so bildet doch tatsächlich das Fixgeschäft

[1]) RG Bd. 44 S. 54; Bd. 66 S. 95.
[2]) RG Bd. 58 S. 367, Bd. 44 S. 115.
[3]) Staub, Nachtrag S. 11.
[4]) eodem.
[5]) eodem.
[6]) Tröger S. 98.

unter den Zeitgeschäften der Börse die Regel[1]), während Zeitgeschäfte mit täglicher Kündigung bezw. Ankündigung nur ausnahmsweise abgeschlossen werden. An der Börse besteht also stets eine Vermutung für das Fixgeschäft, und zwar wird an der Deutschen Börse fast immer per ultimo fix auf Zeit gehandelt[2]).

§ 7.

Das Fixgeschäft im Prozeß.

1. Prüfung von Amtswegen.

Da sich sowohl im bürgerlichen wie im Handelsrecht und besonders im Konkurse sehr weitgehende Folgen an den Fixgeschäftscharakter eines Vertrages knüpfen, ist die jedesmalige Feststellung, ob ein Fixgeschäft vorliegt oder nicht, im Prozeß besonders in Zweifelsfällen von größter Bedeutung.

Beim Fixgeschäft handelt es sich um eine besondere Verabredung der Parteien, die dem von ihnen geschlossenen Vertrage sowohl hinsichtlich der Natur desselben als auch der daran geknüpften Folgen einen besonderen Charakter verleiht.

Wenn gleich hiernach das Fixgeschäft gewissermaßen eine Ausnahme von den ohne fixe Leistungszeit geschlossenen Verträgen bildet, so besteht doch keine den Richter bindende Vermutung für ein Nichtfixgeschäft,[3]) sondern der Richter hat von Amtswegen auf Grund der ihm vorgetragenen Tatsachen das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Fixgeschäfts zu prüfen[4]): Da mihi factum, dabo tibi ius.

[1]) Saling S. 366.
[2]) Saling, S. 367.
[3]) Lehmann-Ring S. 136, RG Bd. 30 S. 85.
[4]) Staub, S. 1563, ROHG Bd. 6 S. 227, Lehmann-Ring a. a. O.

Von dieser Prüfung wird er selbst durch das Einverständnis der Parteien nicht befreit[1]). Bei der Auslegung hat sich der Richter an die allgemeinen Auslegungsregeln des § 157 BGB resp. § 346 HGB zu halten[2]).

2. Beweislastregelung.

Da das Fixgeschäft wie gesagt eine Abweichung von der gesetzlichen Regel für die Leistung darstellt, so wird die Partei, die sich auf die besonderen sich aus dem Fixgeschäft ergebenden Befugnisse stützt, auch die Beweispflicht haben[3]). Sie wird insbesondere die Momente dartun müssen, aus denen sich die Eigenschaft des Geschäfts als Fixgeschäft ergibt[4]), was ja ganz der allgemeinen Beweislastregelung entspricht.

Der Nachweis eines besonderen Interesses an der Erfüllung ist nicht erforderlich[5]), da ja, wie oben gezeigt, gerade eine Besonderheit der Fixgeschäfte darin besteht, daß die gesetzlichen Folgen auch dann eintreten, wenn der Nichtsäumige auch weiterhin an der Leistung Interesse hat.

3. Revisibilität.

Die Feststellung, ob ein Fixgeschäft vorliegt oder nicht, stützt sich also lediglich auf die von den Parteien vorgebrachten Tatsachen und Beweise, sie ist also eine rein tatsächliche Feststellung[6]), keine rechtliche. Daraus folgt, daß sie nicht mit der Revision, die ja nach der CPO lediglich revisio iuris ist, angefochten werden kann.

[1]) ROHG Bd. 6 S. 227.
[2]) Tröger S. 42.
[3]) OLG Breslau: Das Recht Bd. 6 S. 587.
[4]) ROHG Bd. 6 S. 20, RG Bd. 36 S. 85.
[5]) ROHG Bd. 5 S. 261.
[6]) Lehmann-Ring S. 136 (vgl. Tröger S. 43.)

Diese ist nur gegeben, wenn ein Rechtsirrtum vorliegt, z. B. sich der Richter in der Anwendung der Gesetze auf die von den Parteien vorgebrachten Tatsachen geirrt hat[1]), indem er den Begriff und die Voraussetzungen des Fixgeschäfts verkannte[2]). Es liegt dann eine Gesetzesverletzung im Sinne des § 550 CPO und somit ein Revisionsgrund vor.

[1]) ROHG. Bd. 6, S. 398.
[2]) Tröger S. 43.

II. Teil.

Die regelmäßigen Voraussetzungen für Fixgeschäfte im Falle des § 18 KO.

§ 8.

Überblick.

Die zu behandelnde Frage stellt den übrigens wohl nicht zu häufig vorkommenden Fall dar, daß zwischen den Parteien eines von den im ersten Teil der Arbeit behandelten Fixgeschäften geschlossen worden ist. Eine der Parteien gerät in Konkurs. Bis zum Tage der Konkurseröffnung hat noch keine der Parteien vollständig erfüllt. Das Fixgeschäft hat die Lieferung von Waren oder Wertpapieren zum Gegenstande, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben. Soweit müssen die regelmäßigen Voraussetzungen des § 18 als vorliegend angenommen werden. Eine Spezialisierung derselben liegt in unserem Falle darin, daß der Stichtag des Fixgeschäfts auf den Tag der Konkurseröffnung fällt. Die Behandlung der Frage, ob dieser Spezialfall von § 18 KO mit umfaßt wird, ist in den Einzelheiten ihrer Entscheidung in so ausschlaggebender Weise von den regelmäßigen Voraussetzungen des § 18 KO abhängig, daß vorerst diese ihre Behandlung unabhängig von der Hauptfrage finden sollen.

Außerdem umfaßt der vorliegende Fall sämtliche für den § 18 in Betracht kommenden Gestaltungen und teilt seine Voraussetzungen, daß sich auch aus

diesem Grunde die selbständige Erörterung dieser Voraussetzungen empfiehlt.

§ 9.

a) Ein von keiner Partei vollständig erfülltes Fixgeschäft.

Das Fixgeschäft darf, um der Regelung des § 18 KO unterworfen zu sein, noch von keiner der Parteien ganz erfüllt sein.

Diese Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 18 ist in dem Paragraphen selber nicht ausdrücklich ausgesprochen. Sie ergibt sich vielmehr aus folgenden Erwägungen.

Der zweite Titel der Konkursordnung enthält Sonderbestimmungen über den Einfluß, den der Konkurs auf die Erfüllung und Dauer von Schuldverhältnissen — die Überschrift sagt zu eng „von Rechtsgeschäften"[1]) — ausübt. Am Eingang dieses Titels gibt § 17 eine allgemeine Regel für zweiseitige Verträge, die weder von dem Gemeinschuldner noch von dem Dritten ganz erfüllt sind. Die darauf folgenden §§ 18—22 KO behandeln gleichfalls zweiseitige Verträge, die in irgend welcher Weise von dem im § 17 gegebenen Normalfall abweichen. Aus der Anordnung der §§ 17—22 KO, ferner aus dem Umstande, daß es sich in den §§ 18—22 gleichfalls um zweiseitige Verträge handelt, die aus dem oder jenem Grunde in ihrer konkursmäßigen Behandlung eine Abweichung von der Regel des § 17 erfahren, ergibt sich, daß die §§ 18—22 Ausnahmen von § 17 sind, welche die Voraussetzungen des allgemeinen § 17 KO teilen, soweit diese nicht im Wortlaut der einzelnen Paragraphen ausdrücklich aufgehoben sind[2]). Daß dies auch Zweck der Gesetzgebung ist, wird in den Motiven S. 69 ausdrücklich ausgesprochen.

[1]) v. Wilmowski, S. 92.
[2]) eod.

Die Gründe, die für eine Beschränkung der Paragraphen auf noch nicht erfüllte gegenseitige Verträge sprechen, sind einleuchtend: Verträge, die von beiden Seiten erfüllt sind, haben dadurch ihre Erledigung gefunden und scheiden eo ipso aus; höchstens könnte das Konkursverfahren seinen Einfluß auf dieselben in einer nach §§ 29 ff begründeten Anfechtung[1]) äußern. Aber auch für den Fall, daß nur ein Vertragsteil vor der Konkurseröffnung ganz erfüllt hat, scheint kein Bedürfnis zu einer besonderen Regelung für den Fall des Konkurses vorzuliegen.

Denn hatte der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung erfüllt, so wird das Recht auf die Gegenleistung, das als Vermögensrecht zur Konkursmasse gehört, nachher vom Verwalter nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts ausgeübt (in unserem Fall nach § 361 BGB und § 376 HGB)[2]).

Hatte der Vertragsgegner des Gemeinschuldners erfüllt, so wird sein Anspruch gegen den Gemeinschuldner eine Konkursforderung ebenso wie eine Forderung aus einem einseitigen Vertrage. Er kann gleichfalls seine Ansprüche auf § 361 BGB und § 376 HGB stützen, jedoch immer mit Rücksicht auf § 69 KO und § 26 KO. Wenn sich auch dieser Anspruch auf Grund des bürgerlichen Rechts verschieden gestalten wird, so ist doch so viel klar, daß auch hier eine gesetzliche Vorschrift in der Konkursordnung entbehrlich ist.

Nur für den Fall, daß noch auf keiner Seite vollständig erfüllt ist, scheint eine besondere Bestimmung geboten, da die Anwendung der Vorschriften des bürgerlichen resp. des Handelsrechts zu großen Unbilligkeiten gegen den Vertragsgegner des Gemeinschuldners führen würden.

[1]) v. Sarwey-Bossert, S. 96.
[2]) v. Sarwey-Bossert, S. 96, 97.

Während nämlich dieser vollständige Leistung zur Konkursmasse verlangen könnte (d. h. nur mittelbar durch den Konkursverwalter), wäre jener mit seinem Anspruch auf eine seiner Leistung unter Umständen gar nicht entsprechende Konkursforderung angewiesen.

Um diese Unbilligkeit auszugleichen, soll, wenn der Vertrag von beiden Teilen noch ganz oder teilweise zu erfüllen ist[1]), also Rechte und Pflichten des Gemeinschuldners sich noch gleichzeitig gegenüberstehen, der Verwalter das Wahlrecht haben, ob er die Erfüllung des Vertrages verlangen und auch seinerseits für den Gemeinschuldner erfüllen will oder ob er die Erfüllung nicht verlangen und auch selber nicht leisten will.

Eine Ausnahme von diesem Wahlrecht statuiert, wie schon gesagt, der § 18 für Fixgeschäfte, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben.

Aus diesen Gründen (vgl. Motive S. 69) ist § 18 entsprechend dem § 17 nur auf solche Fixgeschäfte anwendbar, die von jedem der beiden Vertragsteile zur Zeit der Konkurseröffnung noch ganz oder teilweise zu erfüllen sind[2]). Außerdem sprechen die Motive S. 69 von den Fixgeschäften des § 18 als von „schwebenden Zeitgeschäften", womit doch sicherlich auch darauf hingewiesen werden soll, daß das Geschäft noch ganz oder teilweise auf beiden Seiten erfüllt werden muß.

Bestritten wird diese Ansicht von Wengler, Mandry-Geib und v. Sarwey-Bossert.

Diese wollen den § 18 auch dann angewendet wissen, wenn der Vertrag durch Zahlung des Kaufpreises, sei es auf seiten des Gemeinschuldners, sei es auf seiten des anderen Teils, schon vollständig erfüllt ist.

---

[1]) v. Wilmowski, S. 95.

[2]) v. Wilmowski, S. 100. v. Völderndorff, S. 239. Brachmann, S. 44. Siber, S. 217. Oetker, S. 37. Willenbücher, S. 43. Amon, S. 24. Wolff, S. 99.

Der Fall, daß die Ware schon vor der Konkurseröffnung geliefert und akzeptiert ist, scheidet natürlich (vgl. den Wortlaut des § 18 Abs. 1 KO) aus.

Nach ihrer Anschauung gibt „weder der Zweck der Bestimmung des § 18 KO, noch der Zusammenhang des § 18 mit dem § 17 KO" ausreichende Anhaltspunkte[1]), um eine im § 18 KO nicht enthaltene Voraussetzung in denselben hineinzutragen.

Sarwey-Bossert[2]) gibt zwar zu, daß § 18 eine Ausnahme von § 17 bilde, mithin auch dessen Voraussetzungen teile; er meint aber, daß § 18 nebenbei noch weiter reiche und auch den erwähnten — praktisch wohl übrigens nicht häufigen Fall — des im voraus gezahlten Kaufpreises bei noch ausstehender Lieferung mit umfaßt. Ebenso spräche dafür, daß das Gesetz den Fall nicht ausdrücklich ausschließe und auch aus dem Inhalt des § 18 sich kein Anhaltspunkt für eine derartige Einschränkung ergebe. Auch spreche die ratio legis (s. § 11) in gleicher Weise für die Anwendbarkeit des § 18 KO, mag der Kaufpreis bezahlt sein oder nicht. Besonders hinsichtlich „der für die Möglichkeit der sofortigen Regulierung der Differenz vorhandenen Gründe"[3]), falls der Käufer als Konkursgläubiger sein Recht zu verfolgen hat. Für den Konkursverwalter müsse aber die Lieferung der Ware, falls nicht etwa das Geschäft weiter fortbetrieben werde, in der Regel eine Last bilden. Es würden die gegenseitigen Ansprüche sofort nur bei Anwendung des § 18 festgestellt werden können.

Schließlich werden noch historische Gesichtspunkte ins Treffen geführt. „Die Motive haben nämlich in ihren Eingangsworten zu § 18: „eine Ausnahme von dem in § 17 festgestellten Wahlrecht des Verwalters

[1]) Mandry, S. 370 Anm. 4.
[2]) S. 105.
[3]) v. Sarwey-Bossert, S. 105.

erscheint geboten. . . . ." wörtlich den Eingang der Motive zu der entsprechenden Bestimmung des Entwurfs einer deutschen Gemeinschuldordnung aufgenommen, und dieser umfaßt den supponierten Fall unzweifelhaft mit[1])".

Wenn nun auch im § 18 KO nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, daß das Geschäft noch von keiner der Parteien ganz erfüllt sein darf, so steht doch fest, was auch Sarwey-Bossert S. 105 zugibt, daß § 18 KO eine Ausnahme von § 17 bildet. Hieraus folgt aus den S. 27 bis 29 angegebenen Gründen, daß § 18 auch die Voraussetzungen des § 17 teilt. Aus diesem Grunde erübrigt sich ein ausdrücklicher Hinweis darauf, daß auch der Fall des von einer Seite gezahlten Kaufpreises unter § 18 fallen soll. Im Gegenteil müßte dies m. E., falls eine Regelung nach § 18 erfolgen sollte, in dem Paragraphen ausdrücklich vorgesehen sein.

Auch der Hinweis auf die Deutsche Gemeinschuldordnung ist nicht geeignet, die Ansicht Sarwey-Bosserts genügend zu stützen. Wenn auch die Motive einen Satz daraus wörtlich übernommen haben, so ist damit doch noch lange nicht bewiesen, daß auch der Sinn des Folgenden derselbe sein muß, wie an der einschlägigen Stelle der Gemeinschuldordnung.

Hiernach muß doch an unserer im Anfang des Paragraphen aufgestellten Meinung festgehalten werden, daß § 17 eine allgemeine Regel aufstellt und daß die Ausnahme des § 18 KO von dieser Regel sich nur auf dieselben Fälle bezieht[2]), wie § 17, nämlich auf gegenseitige, von keinem Teil vollständig erfüllte Verträge. Auf Verhältnisse, welche § 17 nicht berührt, dürfen sie, wie oben erwähnt, nur dann bezogen werden, wenn die Zulässig-

[1]) v. Sarwey-Bossert, S. 106.
[2]) Amon, S. 24.

keit einer solchen Ausdehnung aus ihrem Inhalt selbst klar und deutlich hervorgeht[1]).

§ 10.

b) Fixe Zeitbestimmung nur für die Leistung des Verkäufers.

Eine weitere Voraussetzung ist, daß die Leistung des Verkäufers, d. h. die Lieferung der Ware fix bestimmt ist, mag der Gemeinschuldner zu liefern haben oder der Vertragsgegner desselben. Dies schließt natürlich den Fall nicht aus, daß auch die Zahlung des Kaufpreises fix bestimmt ist[2]).

Daß bei Zug um Zug-Leistungen durch zeitlich genaue Bestimmung der Zahlung des Kaufpreises auch die Lieferung der Waren im technischen Sinne fix bestimmt ist, dürfte nicht anzunehmen sein[3]) (dagegen v. Hahn, S. 387). Es wird zwar in solchen Fällen die Lieferung der Waren zu dem genau bestimmten Zeitpunkt erfolgen müssen, wenn nicht der Säumige in Verzug kommen will. Daß jedoch auch die Lieferung der Waren fix bestimmt ist, kann deshalb nicht angenommen werden, weil dann bei Säumnis des Lieferungspflichtigen die bei Fixgeschäften üblichen Folgen eintreten würden. Dies wird aber oft gar nicht im Sinne der Parteien liegen, sondern diesen genügt es, wenn die einfachen Verzugsfolgen Platz greifen.

Im Falle des Konkurses wäre nicht die Ausnahme des § 18 KO, sondern die Regel des § 17 anzuwenden.

§ 11.

c) Lieferung von Waren und Wertpapieren.

Wenn § 18 KO von der Lieferung von Waren spricht, so fallen doch nach dem ganzen Zweck der Vorschrift

[1]) Amon S. 24. v. Sarwey-Bossert, S. 95.
[2]) Jaeger, S. 218.
[3]) Jaeger, S. 219.

unzweifelhaft auch Wertpapiere [1]), insbesondere auch Staatspapiere und Aktien unter diesen Begriff.

Zur Zeit des alten HGB aus dessen Artikel 357 der Begriff „Ware" in die Konkursordnung hinübergenommen ist, war man sich darüber ganz im klaren, da unter Ware im Sinne des Artikel 357 A. HGB unzweifelhaft auch die Wertpapiere fielen[1]).

Das neue Handelsgesetzbuch führt nun aber neben den beweglichen Sachen (Waren) auch noch die Wertpapiere eigens aus. (§ 1 Abs. 2 Nr. 1, § 266 Nr. 2 und § 381 Abs. 1 HGB); es wäre demnach wohl angebracht gewesen, bei der neuen Redaktion der KO diese mit der neuen Terminologie des Handelsgesetzbuchs in Einklang zu bringen und im Abs. 1 des § 18 hinter „Waren" die Worte „oder Wertpapiere" einzuschalten[2]). Wenn dies unterblieben ist, kann man daraus doch noch nicht auf die Absicht einer sachlichen Änderung schließen. Der Begriff „Ware" umfaßt nach der herrschenden Meinung[3]) auch unter dem neuen Handelsgesetzbuch die Wertpapiere mit, die infolgedessen auch Gegenstand des Geschäfts sein können, soweit sie für Fixkäufe in Betracht kommen.

Der Begriff von Ware und Wertpapier im einzelnen bestimmt sich nach dem Handelsgesetzbuch. „Unter Waren in Sinne des Gesetzbuchs sind alle beweglichen Sachen zu verstehen, die Gegenstand des Handelsverkehrs sein können, und hierzu müssen an sich alle Arten beweglicher Sachen gerechnet werden" [4]).

Wenn nun das Gesetz im § 1 Abs. 2 Ziff. 1 von beweglichen Sachen spricht, und in Paranthese Waren hinzusetzt, so liegt darin keine Beschränkung dahin, daß die

[1]) Jaeger, S. 218. v. Wilmowski, S. 100.

[2]) Jaeger, S. 218. Staub, S. 1727.

[3]) Denkschr. S. 10, Goldmann S. 12, Staub S. 40, eod. S. 1727.

[4]) Denkschr. S. 10.

beweglichen Sachen Gegenstände des Handelsverkehrs sein müssen[1]). Vielmehr „will das Gesetz mit beiden dasselbe sagen und durch das eingeklammerte Wort Ware nur zum Ausdruck bringen, daß jede bewegliche Sache durch Anschaffung und Weiterveräußerung zur Ware werden kann"[2]).

§ 12.

d) Vorhandensein eines Markt- oder Börsenpreises.

Weiterhin fordert § 18 KO, daß die Ware einen Markt- oder Börsenpreis, dementsprechend das Wertpapier einen Kurswert hat. (Vgl. §§ 385, 453, 764, 1221, 1235, 1295 BGB, §§ 261, 373, 376, 400 HGB, § 29 BG.)

Nach Goldschmidt[3]) ist darunter „der Preis zu verstehen, der für eine Ware bestimmter Gattung und Art von durchschnittlicher Güte an dem Handelsplatze, an dem sie einen Markt hat, und in dessen Handelsbezirk zu einer gewissen Zeit im Durchschnitt gewährt wird".

Markt bezeichnet demnach hier nicht, wie sonst, die regelmäßigen örtlich und zeitlich bestimmten, dem Abschluß von Kaufgeschäften dienenden Zusammenkünfte, sondern hat nur die Bedeutung[4]), daß die Ware in einem bestimmten Handelsbezirk auch tatsächlich regelmäßig umgesetzt wird (es genügt nicht bloß Angebot und Nachfrage Staub, S. 1445).

Der Börsenpreis ist eine Art des Marktpreises[5]) und setzt nach den Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 34 S. 315 das Bestehen einer Börse voraus.

Zur Erläuterung der Frage, wie die Ermittelung des Marktpreises stattfinden soll, kann auch heute noch der

[1]) Staub, S. 40.
[2]) Goldmann, S. 12.
[3]) bei Staub, S. 1445. Makower, S. 588.
[4]) Makower, 588.
[5]) Denkschrift, S. 230.

Art. 353 des alten HGB herangezogen werden, da Art. 353 der Natur der Sache vollkommen entspricht[1]).

> Nach diesem Artikel ist als Marktpreis maßgebend „der laufende Preis, welcher zur Zeit und an dem Orte der Erfüllung oder an dem für letzteren maßgebenden Handelsplatze nach den dafür bestehenden örtlichen Einrichtungen festgestellt ist; in Ermangelung einer solchen Feststellung oder bei nachgewiesener Unrichtigkeit derselben der mittlere Preis, welcher sich aus der Vergleichung der zur Zeit und am Orte der Erfüllung geschlossenen Kaufverträge ergibt."

In erster Linie gilt also der laufende Preis. Dieser wird nach den dafür bestehenden örtlichen Einrichtungen festgestellt, die entweder amtliche sind (vgl. § 29 ff BG) oder auch nach der Ansicht des Reichsgerichts private sein können, wenn man sie nur überhaupt als Einrichtungen betrachten kann[2]).

Wird ein Marktpreis nach den örtlichen Einrichtungen nicht festgestellt oder kann der festgestellte wegen nachgewiesener Unrichtigkeit nicht gelten, so kommt in zweiter Linie der mittlere Preis in Betracht, der sich aus der Vergleichung einer größeren Anzahl von Kaufverträgen ergibt, die zur fraglichen Zeit am fraglichen Orte geschlossen wurden[3]). Die Geschäfte müssen tatsächlich zur Abwickelung gelangt sein. Es genügt nach der heutigen Art der Kursnotierung nicht mehr, den Mittelkurs zwischen Angebot und Nachfrage („Brief" und „Geld") festzustellen[4]).

Wie die Feststellung geschieht, ob amtlich durch Vernehmung von Sachverständigen oder auf irgend

[1]) Staub, S. 1545, 1546.
[2]) Staub, eod.
[3]) Staub, eod.
[4]) Staub, eod.

eine andere Weise, ist gleichgültig, wenn nur überhaupt eine sichere (wenn auch nicht ständige) Ermittlung erfolgt[1]). Bei amtlichen Notierungen wird die Feststellung und demgemäß auch die Ermittlung des Marktpreises eine ständige sein. Jedoch sind auch Fälle denkbar, in denen — wie z. B. bei Feststellung durch Sachverständige — die Ermittlung des Marktpreises nur für den einzelnen Fall erfolgt.

[1]) Jaeger, S. 219.

III. Teil.

Der besondere Fall bei Zusammentreffen von Stichtag und Tag der Konkurseröffnung in Bezug auf § 18 KO.

§ 13.

a) Ratio legis des § 18 KO.

Fixgeschäfte, welche die Lieferung von markt- oder börsengängigen Waren zum Gegenstand haben, erfahren ihrer Natur nach eine ganz besondere Regelung, wenn einer der Vertragsteile vor Eintritt des Stichtages in Konkurs gerät.

Waren, welche einen Marktpreis und Wertpapiere, welche einen Börsenpreis haben, unterliegen naturgemäß erheblichen Preisschwankungen, die sich zur Zeit einer Krise[1]) ganz besonders empfindlich machen. Zeitgeschäfte in solchen Waren werden vorzugsweise von der Spekulation betrieben oder dienen auch der Kapitalanlage und der Arbitrage[2]). Sie bilden daher häufig nur ein Glied in einer Kette gleichartiger Geschäfte, und es kommt daher vor allem darauf an, das sonst bei gegenseitigen Verträgen bestehende Wahlrecht des Konkursverwalters auszuschließen und eine sofortige und einheitliche Entscheidung über das Schicksal des Geschäfts herbeizuführen[3]). (Vergl. § 16.)

---

[1]) Motive S. 69.
[2]) Saling S. 359.
[3]) Motive eod.

Der Vertragsgegner des Gemeinschuldners muß als Käufer die Möglichkeit haben, sich durch einen anderen Kauf zu decken und darf als Verkäufer nicht mit seiner Ware „hängen bleiben".[1])

Jedes Wahlrecht des Konkursverwalters würde, auch wenn die Wahlfrist noch so kurz wäre, dem Vertragsgegner durch die Unsicherheit, ob der Umsatz der Ware noch zustande kommen wird, große Nachteile bringen und dem Konkursverwalter die Möglichkeit der Spekulation auf Kosten des Vertragsgegners geben[2]).

Eine ungerechte Benachteiligung würde auch darin liegen, wenn das Gesetz etwa Vertragserfüllung vorschreiben würde. (S. 27, 28.)

Darum tritt nach § 18 mit dem Augenblick der Konkurseröffnung mit Rechtsnotwendigkeit Nichterfüllung ein, vorausgesetzt, daß der Stichtag nach Konkurseröffnung fällt.

§ 14.

b) Der Zeitpunkt der Konkurseröffnung.

1. Wichtigkeit der Feststellung desselben.

Ändert sich die Sachlage und die rechtliche Beurteilung dieser Geschäfte, wenn die Lieferungszeit auf den Tag der Konkurseröffnung fällt?

§ 18 der Konkursordnung schreibt vor, daß ein ganz bestimmtes zeitliches Verhältnis zwischen der Lieferungszeit und dem Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens bestehen muß:

> „Die Lieferungszeit oder der Ablauf der Lieferungsfrist darf erst nach Eröffnung des Verfahrens eintreten."

---

[1]) Mot. eod.
[2]) Mot. eod.

Die Frage wie sich die Lage gestaltet, wenn die Lieferungszeit auf den T a g der Konkurseröffnung fällt, läßt daher in bezug auf dieses Verhältnis verschiedene Variationen zu. Denn hier kann als Lieferungszeit jede Stunde des Tages, eventuell der ganze Tag, in Betracht kommen, und es kann sich daher, je nach dem Zeitpunkt der Eröffnung ein verschiedenes, zeitliches Verhältnis zwischen den beiden Zeiten ergeben. Da hier, wie auch im allgemeinen, die Wirkungen des Konkurses mit dem Augenblick der Eröffnung des Verfahrens beginnen, so ist es auch in unserem Falle von ganz besonderer Wichtigkeit, diesen Zeitpunkt genau festzustellen.

2. Berechnung des Zeitpunktes nach § 108 K O.

Nach § 108 KO handelt es sich bei der Konkurseröffnung um einen nach Tag und Stunde bestimmten Zeitpunkt.

In erster Linie gilt diejenige Stunde, die im Eröffnungsbeschluß angegeben ist, als Stunde der Eröffnung.

Diese „Angabe" ist keine nach dem Ermessen des Richters erfolgende Entscheidung[1]), keine Festsetzung eines in der Vergangenheit oder Zukunft liegenden Zeitpunktes, der die Wirkungen des Konkursverfahrens eintreten läßt, sondern eine Beurkundung der Zeit des gerichtlichen Eröffnungsbeschlusses.

F u c h s und W e n g l e r[2]) erklären, indem sie den weiteren Ausführungen der Motive folgen, den Zeitpunkt der Verkündung des Eröffnungsbeschlusses als maßgebend, da erst durch die Verkündung der Beschluß seine bindende Kraft erhielte.

Sie übersehen dabei ganz, daß dieser Satz dem ersten Entwurf der Konkursordnung entnommen ist, der für

---

[1]) Mot. S. 332.

[2]) F u c h s, S. 117. Wengler, S. 494.

den Eröffnungsbeschluß eine mündliche Verhandlung und Verkündung voraussetzte. Nach der heutigen Konkursordnung (§ 73) können aber die Entscheidungen im Konkursverfahren, worunter auch die erste das Konkursverfahren beginnende Entscheidung, nämlich der Eröffnungsbeschluß, fällt, ohne mündliche Verhandlung ergehen [1]). Für diese Fälle würde dann der Zeitpunkt der Verkündung fehlen.

Nach anderer Meinung (Oetker)[2]) sollte dann, wenn der Beschluß ohne mündliche Verhandlung und Verkündung erfolgt wäre, der Zeitpunkt der Zustellung maßgebend sein.

Das würde aber dem § 108 KO widersprechen, da sich der zukünftige Zeitpunkt der Zustellung weder nach dem Tage noch viel weniger nach der Stunde im voraus feststellen läßt.

Demgegenüber muß vielmehr mit der herrschenden Meinung[3]) daran festgehalten werden, daß es sich bei der im Eröffnungsbeschluß angegebenen Stunde der Eröffnung um eine Beurkundung handelt.

Zu beurkunden ist die Stunde, in welcher der Beschluß erlassen wird.

Als erlassen gilt der Beschluß erst dann, wenn seine Ausführung angeordnet ist.

Ist er nur niedergeschrieben oder ein bloßer Entschluß des Richters, so bleibt er so lange ein Entwurf, ein abänderliches Internum des Gerichts. Es muß irgend welche die Ausführung anordnende Äußerung des Gerichts hinzukommen [4]). Diese kann in der Unterschrift des Rich-

---

[1]) v. Wilmowski, S. 295. v. Sarwey-Bossert, S. 312.

[2]) bei v. Wilmowski, S. 343.

[3]) v. Wilmowski, S. 342. v. Sarwey-Bossert, S. 312. Petersen-Kleinfeller. S. 426. Wolff, S. 306. Jaeger, II zu § 108.

[4]) v. Wilmowski, S. 342. v. Sarwey-Bossert, S. 344. Anders: Jaeger, II zu § 108.

ters bestehen, kann aber auch, wenn die Eröffnung nach mündlicher Verhandlung erfolgt, die Verkündung des Beschlusses sein. Dann ist aber nicht die Verkündung als solche maßgebend, sondern als eine Äußerung des Gerichts, die seinen Entschluß zum Erlassen eines Beschlusses [1]) macht.

Enthält der Beschluß keine Angabe der Eröffnungsstunde, so greift die in § 108 Abs. 2 aufgestellte Fiktion Platz: Als Zeitpunkt der Eröffnung gilt die Mittagsstunde des Tages, an welchem der Beschluß erlassen ist. Gegen diese Fiktion ist ein Gegenbeweis[2]) nicht zulässig. Wohl aber steht dem Gemeinschuldner gegen das Versäumen der richtigen Zeitangabe wie gegen den Beschluß selbst nach § 109 KO die sofortige Beschwerde zu[3]).

Es handelt sich also bei der Eröffnung des Verfahrens stets um eine nach Tag und Stunde genau bestimmte Zeit. Der Tag, auf welchen die Eröffnung des Verfahrens in der angegebenen Weise fällt, ist der Tag der Konkurseröffnung.

c) Die sich ergebenden Möglichkeiten.

§ 15.

1. Überblick über die möglichen Fälle.

Fällt der Stichtag eines Fixgeschäftes unter den Voraussetzungen des § 18 KO auf den Tag der Konkurseröffnung, so ergeben sich, wie oben Seite 38, 39 angedeutet, in bezug auf das Verhältnis von Lieferungszeit und Konkurseröffnung verschiedene Möglichkeiten, je nachdem die Bestimmung der Lieferungszeit erfolgt ist.

Ist diese nach Tag und Stunde festgelegt, so kann sie auf einen Zeitpunkt vor der Konkurseröffnung, nach

[1]) v. Wilmowski, S. 342. v. Sarwey-Bossert, S. 344.

[2]) Mot. bei v. Wilmowski, S. 342 und v. Sarwey-Bossert S. 344.

[3]) v. Wilmowski, S. 343.

der Konkurseröffnung und schließlich auf den Zeitpunkt der Konkurseröffnung selbst fallen.

Ist für die Lieferung der ganze Tag bestimmt, so steht dem Verpflichteten der ganze Tag zur Lieferung frei. Natürlich kann auch hierbei nicht verlangt werden, daß die Leistung zu jeder Stunde des Tages angenommen wird, sondern bei bürgerlichrechtlichen Verträgen nur solange, als dies mit Rücksicht auf die Verkehrssitte — cf. § 242 BGB — angängig erscheint. Während nun im BGB eine besondere Vorschrift darüber, zu welcher Tageszeit zu leisten sei, fehlt, bestimmt das Handelsgesetzbuch im § 358, daß eine Leistung bei Handelsgeschäften nur während der gewöhnlichen Geschäftszeit bewirkt werden kann. Was gewöhnliche Geschäftszeit ist, richtet sich nach dem einzelnen Fall[1]) und kann je nach dem Leistungsort, Art und Beschaffenheit der Ware verschieden sein. § 358 HGB ist im übrigen dispositiver Natur[2]) und läßt der Parteivereinbarung freien Raum.

Der in diesem Falle maßgebende Zeitpunkt wird mit dem Ablauf des betreffenden Tages zusammenfallen[3]) und demnach in einem Zeitpunkt nach der Konkurseröffnung anzunehmen sein.

Es kann nun auch eine bestimmte Frist vereinbart sein, innerhalb welcher zu liefern ist. Hier ist der Zeitpunkt maßgebend, mit welchem — abgesehen von den Wirkungen der Konkurseröffnung — die Annahmepflicht des Käufers resp. die Lieferungspflicht des Verkäufers erlischt, d. h. der Zeitpunkt, in welchem die Frist abläuft[4]) (s. Seite 5).

Auch hier kann ein auf die Stunde bestimmter Zeitpunkt oder auch der ganze Tag in Betracht kommen.

---

[1]) Lehmann-Ring, S. 59 Anm. 1.

[2]) eodem.

[3]) v. Sarwey-Bossert, S. 107. v. Völderndorff, S. 240.

[4]) v. Sarwey-Bossert, S. 108.

Es ergeben sich dieselben Möglichkeiten wie bei den Fällen, in denen die Lieferungszeit festbestimmt ist: endigt die Frist zu einer bestimmten Stunde des Tages, so kann diese vor der Konkurseröffnung und nach der Konkurseröffnung liegen oder auf denselben Zeitpunkt fallen. Ist der ganze Tag für den Ablauf der Frist maßgebend, so kommt wieder der Ablauf des betreffenden Tages in Betracht (cf. § 188 Abs. 1 BGB), d. h. der Ablauf der Frist tritt nach der Eröffnung des Verfahrens ein.

Aus dieser Mannigfaltigkeit der Gestaltungen ergibt sich, daß die Behandlung der Frage, ob beim Zusammenfallen von Stichtag und Tag der Konkurseröffnung auch der § 18 maßgebend sei, nicht einheitlich und allgemein erfolgen kann, sondern die Entscheidung auf verschiedenen Wegen herbeigeführt werden muß.

2. Die Behandlung der Fälle im einzelnen.

§ 16.

aa) Die Lieferungszeit liegt vor der Konkurseröffnung.

Betrachten wir zunächst die Fälle, in denen die nach Tag und Stunde bestimmte Lieferungszeit oder Lieferungsfrist am Tage der Konkurseröffnung vor der Eröffnung des Verfahrens eintritt.

Mit dem Beginn der Konkurswirkungen hat der Tag der Konkurseröffnung als solcher nichts zu tun, sondern lediglich der nach § 108 KO (s § 12 Nr. 2) festgelegte Zeitpunkt. Wenn nun die Zeit oder der Ablauf der Frist auf eine Stunde vor der Eröffnung des Verfahrens fällt, so ist es durchaus unerheblich, ob diese sehr weit vor der Konkurseröffnung liegt oder so nahe, daß sie auf denselben Tag fällt: jedenfalls steht fest, daß sie eben vor der Konkurseröffnung liegt. In diesen Fällen ist § 18 KO nicht maßgebend, da zu seiner Anwendbarkeit erfor-

derlich ist, daß die Zeit oder der Ablauf der Frist erst nach Eröffnung des Verfahrens eintritt.

Vorausgesetzt wird bei der vorstehenden Erörterung natürlich stets, daß die übrigen Voraussetzungen des § 18 KO vorliegen. Denn liegen diese nicht vor, so ist schon aus diesem Grunde die Anwendbarkeit des § 18 abzulehnen. Besonders darf das Fixgeschäft zur Zeit der Konkurseröffnung nicht schon ganz oder teilweise erfüllt sein. Ist es zu der bestimmten Zeit oder innerhalb der bestimmten Frist gänzlich erledigt, so kommt dieses Geschäft weder im Konkurse noch sonst irgend wie in Betracht, es sei denn[1]), daß eine Anfechtung nach §§ 29 ff KO begründet erscheint (s. S. 27).

Auch wenn von einer Seite ganz erfüllt ist, bleibt § 18 (s. § 7) von vornherein ausgeschlossen.

Ist der Vertrag zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht vollständig erfüllt, so trifft zwar, besonders wenn Stichtag und Tag der Konkurseröffnung derselbe sind, ,,der bei Aufnahme des § 18 maßgebend gewesene Grund, weitläufige Prozesse über den Umfang der Entschädigungsansprüche zu vermeiden und zu vereinfachen zu"[2]). Jedoch ergibt sich aus § 18 keinerlei Anhalt, der eine Ausdehnung auf solche Fälle rechtfertigen könnte. Außerdem handelt es sich, da die Lieferungszeit schon vor der Konkurseröffnung verstrichen ist, nicht mehr um ,,schwebende Zeitgeschäfte"[3]) in dem von den Motiven gebrauchten Sinne.

Es bleibt vielmehr dabei, daß § 18, der den Stichtag nach Eröffnung des Verfahrens verlangt, auf solche Fälle keine Anwendung findet.

Da hierbei die Frage offen bleibt, welches rechtliche Schicksal diese Geschäfte in den erörterten Fällen er-

[1]) v. Sarwey-Bossert, S. 96.
[2]) ROHG Bd. 21, S. 346/47.
[3]) Brachmann, S. 44.

leiden, soll dies im folgenden jeweils kurz mit behandelt werden.

War der Vertragsgegner des Gemeinschuldners zur fixen Lieferung verpflichtet und bewirkt er diese nicht zu der festbestimmten Zeit oder innerhalb der festbestimmten Frist, so kann der Konkursverwalter, der als Vertreter des Gemeinschuldners das Verfügungsrecht[1]) über die schwebenden Rechtsverhältnisse des Gemeinschuldners erhält, dieselben Rechte geltend machen, wie sie dem Gemeinschuldner zustanden. Er kann nach § 361 BGB Erfüllung verlangen und nach § 376 HGB sich den Anspruch auf Erfüllung durch sofortige Anzeige wahren. Eine Versäumnis der Anzeige nach § 376 Abs. 1 Satz 2 wird in unserem Falle bei einem Zwischenraum von einigen Stunden in der Mehrzahl der Fälle nicht anzunehmen sein.

Sollte jedoch der Vertragsgegner trotzdem vorher ein Rücktrittsrecht erworben haben, so kann es ihm der Verwalter nicht mehr entziehen. Denn „der Konkursverwalter kann als Vertreter des Gemeinschuldners nach § 17 KO nur insoweit Erfüllung verlangen, als der Gemeinschuldner selbst außerhalb des Konkurses die Erfüllung zu beanspruchen hätte"[2]).

Ferner kann der Verwalter nach § 361 BGB, § 376 HGB vom Vertrage zurücktreten und schließlich, wenn der Gegner im Verzuge ist. Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

Tritt die Nichterfüllung ein, so kann hier der andere Teil, da sich das Recht zum Abgehen vom Vertrage auf Vorschriften des bürgerlichen Rechts[3]) und nicht der Konkursordnung stützt, keine Entschädigungsforderung geltend machen.

---

[1]) v. Wilmowski, S. 26 ff.
[2]) Jaeger, S. 219.
[3]) v. Sarwey-Bossert, S. 107.

War der Gemeinschuldner im Verzuge, sei es mit der Zahlung des Kaufpreises oder auch mit der Lieferung der Ware, so kann der Vertragsgegner, da ja nach § 17 KO nur der Konkursverwalter Erfüllung verlangen kann, lediglich eine Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung als Konkursforderung geltend machen[1]).

In beiden Fällen ist das Wahlrecht des Konkursverwalters dahin eingeschränkt, daß er gegen den Willen des Vertragsgegners nicht die Erfüllung verlangen kann, ebenso wenig wie der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung in diesem Falle auf der Erfüllung hätte bestehen können"[1]).

War der Vertragsgegner als Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge, so stehen dem Konkursverwalter, da wir vorausgesetzt haben, daß hier nur die Lieferung der Waren zeitlich festbestimmt ist, die Rechte aus § 17 KO in Verbindung mit § 326 BGB zu, d. h. er kann zunächst die Erfüllung verlangen, es sei denn, daß durch fruchtlose Fristsetzung zum Bewirken der Leistung von seiten des Gemeinschuldners der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen ist. Ferner kann er vom Vertrage zurücktreten oder schließlich Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

Ist von den Parteien von vornherein eine Nachfrist oder am Fälligkeitstage eine Prolongation vereinbart, so wird für jeden Fall (cf. § 5) zu prüfen sein, ob sich eine fixbestimmte Lieferungszeit oder Lieferungsfrist ermitteln läßt.

Hiernach bestimmt sich, wie oben im § 5 näher erörtert worden ist, ob das Geschäft weiter als Fixgeschäft oder als einfaches Lieferungsgeschäft behandelt wird. Ist der durch die Nachfristsetzung oder Prolongation vereinbarte zweite Lieferungstermin kein im technischen Sinne fix bestimmter Zeitpunkt, so liegt gar kein Fix-

---

[1]) v. Sarwey-Bossert, eod.

geschäft vor, und dieses einfache Lieferungsgeschäft wird ohne jede Besonderheit nach § 17 KO behandelt.

Ist die Lieferungszeit durch die Nachfristsetzung oder Prolongation nur weiter hinausgeschoben und gilt sie auch weiter als fixbestimmt, so gelten für diese Zeit dieselben Bestimmungen wie für die ursprüngliche im Vertrage festgesetzte Lieferungszeit.

Man denke z. B. daran, daß die Lieferung von Waren für den 1. September früh 10 Uhr vereinbart und zu dieser Stunde für den 15. Dezember fix prolongiert wird. Wenn in diesem Fall am 1. September 12 Uhr der Konkurs eröffnet wird, so ist natürlich § 18 maßgebend, weil die festbestimmte Lieferungszeit nicht mehr der 1. September, sondern der 15. September ist und diese demnach nach der Konkurseröffnung eintritt.

Eine Anfechtung nach den §§ 29 ff. KO könnte in derartigen Fällen dann in Frage kommen, wenn die Prolongationsabrede von dem Gemeinschuldner nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens erfolgt wäre. Natürlich wird der Vertragsgegner des Gemeinschuldners hiervon nur dann Gebrauch machen, wenn die Abwicklung des Geschäfts zum ursprünglichen Lieferungstermin für ihn ein günstigeres Ergebnis hätte, als die nunmehr erfolgende Erledigung durch Differenzzahlung ergeben würde.

§ 17.

bb) Die Lieferungszeit fällt auf dieselbe Stunde wie die Konkurseröffnung.

Wenn die nach Tag und Stunde bestimmte Lieferungszeit mit der Stunde der Eröffnung des Verfahrens zusammenfällt, liegt gleichfalls die Voraussetzung des § 18 KO nicht vor. § 18 KO fordert, daß die Lieferungs-

zeit resp. der Ablauf der Lieferungsfrist erst nach Eröffnung des Verfahrens eintritt. Treten diese nicht nach, sondern mit der Eröffnung des Verfahrens ein, so kann § 18 nicht maßgebend sein.

Allerdings ist nach den Motiven (S. 71) die Wirkung des § 18[1]) eine durch den Konkurs eintretende „Auflösung des Lieferungsgeschäfts in ein Differenzgeschäft" und zwar ist es „die Eröffnung des Verfahrens, welche gesetzlich die Nichterfüllung des Lieferungsvertrages bewirkt und derselben die Geldentschädigung substituiert."

Man könnte demnach zweifelhaft werden, ob die im Augenblick der Konkurseröffnung mit Rechtsnotwendigkeit eintretenden Wirkungen des § 18 nicht auch die Fälle mitumfaßt, in welchen die Lieferungszeit im Augenblick der Konkurseröffnung zu erfolgen hätte.

Für diese Annahme spricht ferner, daß auch in diesem Falle im Interesse der Verkehrssicherheit eine sofortige und einheitliche Entscheidung über das Schicksal des Geschäfts geboten erscheint und daß auch hier alles darauf hinzielen muß, dem Vertragsgegner ein sofortiges Deckungsgeschäft zu ermöglichen, was nur dann den gewünschten Erfolg haben kann, wenn jedes Wahlrecht des Konkursverwalters ausgeschlossen bleibt und wie S. 37, 38 gezeigt, rechtsnotwendig Nichterfüllung mit dem Augenblick der Konkurseröffnung eintritt[2]).

Dagegen spricht jedoch, daß das Geschäft schon im Augenblick der Konkurseröffnung aufhört, ein „schwebendes Zeitgeschäft" zu sein und daß mit Eintritt der Lieferungszeit sich eine Entscheidung auf Grund der §§ 361 BGB, 376 HGB in Verbindung mit § 17 KO sofort herbeiführen läßt. Schließlich darf man auch, wenn auch die in den Motiven ausgesprochene

[1]) Jaeger, S. 220.
[2]) Jaeger, S. 217.

ratio legis für die Anwendbarkeit des § 18 auf den gedachten Fall spricht, doch die Spezialvorschrift, die § 18 KO gegenüber den allgemeinen Bestimmungen des § 17 gibt, nicht über die durch den Wortlaut des § 18 KO gesteckten Grenzen ausdehnen. Diese Grenze erstreckt sich bis zum ersten Augenblick nach der Konkurseröffnung, umfaßt also den Augenblick der Konkurseröffnung nicht mit.

Fraglich ist es, ob solche Geschäfte noch vom Gemeinschuldner erfüllt werden können und schon dadurch die Anwendbarkeit des § 18 KO auf diese Fälle ausgeschlossen wird.

Da der Verlust der Verfügungsberechtigung des Gemeinschuldners nach § 6 Abs. 1 KO mit der Eröffnung des Verfahrens (cf. § 108 KO) ipso iure eintritt und das Verfügungsrecht auf den Konkursverwalter übergeht. wird eine Erfüllungshandlung durch den Gemeinschuldner in diesem Augenblick ausgeschlossen sein, wenn auch Fälle vorkommen mögen, in welchen der Gemeinschuldner durch Vereinbarung mit den Konkursgläubigern eine gewisse Verfügungsbefugnis behält. Jedoch ist dies auf die Umwandlung des fixen Lieferungsgeschäfts in ein Differenzgeschäft ohne jede Bedeutung. Die Erfüllung würde vielmehr schon durch den Konkursverwalter bewirkt werden müssen.

Jedoch wird in Fällen, bei denen die Lieferungsfrist in dem Augenblick der Konkurseröffnung abläuft, dann die Erfüllung durch den Gemeinschuldner möglich sein, wenn er berechtigterweise schon vor der Eröffnung des Verfahrens mit einer Erfüllungshandlung begonnen hatte.

Dieselben Erwägungen werden für eine eventuelle Nachfristsetzung oder fixe Prolongation des Geschäfts analog maßgebend sein.

Wird die Lieferung versäumt, so treten die in § 14 behandelten Folgen ein und zwar mit der Abänderung.

daß für Rechtshandlungen des Gemeinschuldners zwischen Ablauf der Lieferungszeit oder Lieferungsfrist und Eröffnung des Verfahrens kein Raum mehr bleibt und daß für sämtliche Säumnisfolgen der Konkursverwalter als Vertreter des Gemeinschuldners berechtigt und verpflichtet wird.

§ 18.

cc) Die Lieferungszeit liegt nach der Konkurseröffnung.

Schließlich bleiben noch die Fälle zu erörtern übrig, bei denen die Lieferungszeit resp. der Ablauf der Lieferungsfrist am Tage der Konkurseröffnung auf eine Zeit nach der Eröffnung des Verfahrens fällt.

Dies ist zunächst der Fall, wenn die fixbestimmte Zeit auf eine Stunde nach der Konkurseröffnung festgesetzt ist. Hier tritt unzweifelhaft die Zeit oder der Ablauf der Frist nach der Eröffnung des Verfahrens ein.

Dasselbe gilt dann, wenn der ganze Tag der Konkurseröffnung als Lieferungszeit maßgebend ist und bis zur Stunde der Eröffnung noch nicht geliefert ist. Hier steht den Parteien jede Stunde des Tages zur Lieferung frei. Daraus ergibt sich, daß das Geschäft bis zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung durch Lieferung der Waren und Zahlung des Kaufpreises außerhalb des Konkurses erfüllt werden kann.

Ist das Geschäft ganz erfüllt, so kann das Konkursverfahren keinerlei Wirkungen mehr auf dasselbe ausüben, es sei denn, daß nach §§ 29 ff KO ein Anfechtungsrecht begründet ist. Demnach ist natürlich auch die Anwendbarkeit des § 18 ausgeschlossen.

Ist das Geschäft von einer Seite — sei es vom Gemeinschuldner, sei es vom Vertragsgegner desselben — ganz erfüllt, so ist gleichfalls aus den in § 7 angeführten Gründen für die Anwendbarkeit des § 18 kein Raum,

sondern es ergeben sich die daselbst behandelten Fälle.

Wenn das Geschäft zur Zeit der Konkurseröffnung noch von keiner Partei ganz erfüllt ist, so ist zur Erfüllung noch der ganze Tag gegeben, d. h. die Lieferungszeit resp. Ablauf der Lieferungsfrist tritt erst nach Eröffnung des Verfahrens ein (v. Völderndorff, S. 240 kommt zu diesem sich aus der Natur der Sache ergebenden Resultat mit Hilfe von § 7 Abs. 3 KO).

Hier liegt also die Voraussetzung des § 18 Abs. 1 vor. Da wir die allgemeinen Voraussetzungen des § 18 gleichfalls als gegeben annehmen müssen, so müßte § 18 Abs. 1 KO maßgebend sein, d. h. es dürfte nicht die Erfüllung verlangt, sondern nur eine nach Abs. 2 zu berechnende Forderung wegen Nichterfüllung geltend gemacht werden.

Denn nach den Motiven (S. 71) sollen die fixen Lieferungsgeschäfte auf markt- oder börsengängige Waren, falls die Zeit oder der Ablauf der Frist nach Eröffnung des Verfahrens eintritt, durch die Konkurseröffnung mit Rechtsnotwendigkeit in Differenzgeschäfte aufgelöst werden.

„Diese Regelung empfiehlt sich um so mehr, als bei Lieferungskäufen der in Rede stehenden Art der Kurs der Ware einen die Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen ermöglichenden festen Maßstab für die Ersatzberechnung abgibt."[1])

Hierfür spricht ferner, daß dem Vertragsgegner des Gemeinschuldners kein Schaden entstehen, sondern er die Möglichkeit haben soll, ein Deckungsgeschäft abzuschließen. Zu diesem Zweck darf er an das mit dem Gemeinschuldner geschlossene Geschäft nicht gebunden sein.

Jedoch ist auch in unserem Fall, trotzdem sämtliche Voraussetzungen des § 18 Abs. 1 KO vorliegen und auch

[1]) Mot. S. 69.

die ratio legis, wie gezeigt, für die Auflösung des Lieferungsgeschäfts in ein Differenzgeschäft spricht, der § 18 KO nicht maßgebend.

Das ergibt sich aus Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 3 des § 18 KO.

Der § 18 Abs. 2 gibt Bestimmungen über die Berechnung der Differenzforderung. Dieselbe wird abstrakt berechnet ohne Rücksicht darauf, ob und wann tatsächlich ein Deckungsgeschäft abgeschlossen worden ist und ohne Rücksicht auf das etwaige Resultat desselben.

„Der Betrag dieser Forderungen bestimmt sich durch den Unterschied zwischen dem Kaufpreise und demjenigen Markt- und Börsenpreise, welcher an dem Orte der Erfüllung oder an dem für denselben maßgebenden Handelsplatze sich für die am zweiten Werktage nach der Eröffnung des Verfahrens mit der bedungenen Erfüllungszeit geschlossenen Geschäfte ergibt." (§ 18 Abs. 2 KO).

Die Feststellung des Betrages der Entschädigungsforderung erfolgt also durch ein Subtraktionsexempel, das verschieden ausfallen wird, je nachdem der Vertragspreis höher ist als der Marktpreis oder umgekehrt. Im ersten Fall wird die Differenzzahlung dem Verkäufer, im zweiten Fall dem Käufer zum Vorteil gereichen, gleichviel, ob der Gemeinschuldner der Käufer oder der Verkäufer ist.

Der vertragsmäßig bedungene Kaufpreis wird sich leicht feststellen lassen.

Der für die Subtraktion weiterhin maßgebende Marktpreis ist derjenige Preis, welcher sich am Orte der Erfüllung — wenn die Ware dort keinen Markt hat, an dem für denselben maßgebenden Handelsplatze — „für ein gleichartiges am zweiten Tage der Konkurseröffnung geschlossenes Geschäft ergibt"[1]).

[1]) Jaeger, S. 221.

Gleichartig sind die Geschäfte dann, wenn sie „Waren der nämlichen Art unter den nämlichen Bedingungen insbesondere mit derselben fixen Erfüllungszeit und dem nämlichen Erfüllungsorte abgeschlossen werden"[1]).

Fällt die Lieferungszeit eines Fixgeschäfts auf den Tag der Konkurseröffnung, so können zwar, wie S. 50, 51 gezeigt worden, die Voraussetzungen des § 18 Abs. 1 KO sämtlich vorhanden sein; es wird jedoch am zweiten Werktage nach der Konkurseröffnung für Geschäfte mit einer am Tage der Konkurseröffnung, d. h. in der Vergangenheit liegenden Lieferungszeit kein Marktpreis vorhanden sein. Denn „eine Lieferung, die schon am Tage der Konkurseröffnung oder am nächstfolgenden Werktage zu erfüllen war, hat am übernächsten Werktage keinen Markt mehr"[2]).

Ist ein solcher Markt- oder Börsenpreis nicht zu ermitteln, so findet nach § 18 Abs. 3 die Bestimmung des ersten Absatzes keine Anwendung[3]).

Demgegenüber wird die Ansicht vertreten (Brachmann, S. 45, v. Völderndorff, S. 240, Kohler, S. 139), daß auch, wenn die Lieferungszeit auf den Tag der Konkurseröffnung fällt, § 18 KO maßgebend sein soll, wenn nur die Lieferungszeit nach der Eröffnung des Verfahrens liegt.

Brachmann (S. 45) sagt, daß auch in diesem Falle die Entschädigungsforderung als Differenz zwischen dem Kaufpreise und dem Markt- oder Börsenpreise am zweiten Werktage nach Eröffnung des Verfahrens berechnet werden müßte. (Unklar erscheint es, wenn er dieses Recht nur dem Vertragstreuen (?) einräumt.)

[1]) Jaeger, S. 222.

[2]) Jaeger, S. 219.

[3]) Jaeger, S. 219. v. Wilmowski, S. 101. v. Sarwey-Bossert, S. 108. Wolff, S. 100. Willenbücher, S. 44. Amon, S. 25/26. Oetker, S. 37 und Anm. 48. Petersen-Kleinfeller, S. 101/102.

Er begründet seine Ansicht damit, daß „der Gesetzgeber von der Annahme ausgehend, daß der Eröffnungsbeschluß möglicherweise erst nach Schluß der Börse erfolgen und daß denkbarerweise nicht jeden Tag Börse an dem betreffenden Orte abgehalten werden könne, lediglich einen möglichst nahen Regulierungstag habe festsetzen wollen und deshalb den zweiten Werktag nach der Konkurseröffnung gewählt habe."

Hieraus geht zwar ganz deutlich hervor, warum der Gesetzgeber den zweiten Werktag nach der Konkurseröffnung als Regulierungstag für das Fixgeschäft genommen hat. Jedoch bleibt Brachmann die Erklärung darüber schuldig, wie er sich die Berechnung des Marktpreises von Geschäften mit einer in der Vergangenheit liegenden Erfüllungszeit denkt.

Wenn er den von uns für die Ablehnung des § 18 Absatz 1 angegebenen Grund als unzulänglich bezeichnet, so könnte man das viel eher von seiner Begründung sagen, die den Kern der Sache gar nicht trifft.

Brachmann begeht m. E. ebenso wie Kohler (S. 139), der genau dieselbe Ansicht vertritt, den Fehler, daß er den einfachen Markt- oder Börsenpreis der Ware zugrunde legt. In diesem Fall wäre natürlich, wenn nur die Ware überhaupt einen Markt- oder Börsenpreis hat und an dem betreffenden Handelsplatz oder in dessen Bezirk gehandelt wird, die Ermittelung desselben am zweiten Werktage nach der Eröffnung des Verfahrens stets möglich.

In ähnlicher Weise behandelt von Völderndorff (S. 240) den Fall, daß Stichtag und Tag der Konkurseröffnung zusammenfallen.

Den Ausgangspunkt seiner Betrachtung darüber bildet die von Dernburg (Lehrbuch des preußischen Privatrechts Bd. II, S. 264) aufgestellte Ansicht, daß „in diesem Falle sowie wenn der Stichtag auf den ersten Werktag nach der Konkurseröffnung falle — weil das

Gesetz diese Eventualität nicht vorgesehen — der Kurs des Eröffnungstages maßgebend sein müsse." Diese Ansicht ist die einzige, die bei Anwendung des § 18 auf den genannten Fall eine Berechnung im Sinne des Gesetzes ermöglichen würde (s. S. 56).

v. Völderndorff führt dagegen aus, daß „das Gesetz ganz allgemein die beiden Alternativen ausspreche: Tritt die Zeit erst nach der Eröffnung ein oder ist sie schon vorher eingetreten; ob lange nachher oder kurz vorher ist einerlei; nur das „vor" oder „nach" entscheidet."

Demnach sei nur darauf zu sehen, ob die Lieferungszeit vor oder nach der Konkurseröffnung falle.

Auch v. Völderndorff gibt nicht näher an, wie er sich in dem vorliegenden Falle die Berechnung des Marktpreises denkt.

Gleichwohl gibt er auf Seite 247 die Berechnung des Markt- oder Börsenpreises nach Abs. 2 des § 18 KO dahin an, daß derjenige Preis maßgebend sein soll, „welcher an diesem Tage für die Lieferung der gleichartigen Ware zu der bedungenen Erfüllungszeit der geltende ist." Er unterläßt es jedoch, diesen mit dem vorliegenden Fall (S. 240) in Einklang zu bringen.

Nach der von Dernburg (bei v. Völderndorff, S. 240) aufgestellten Ansicht ließe sich wohl für den genannten Fall ein Markt- oder Börsenpreis nach den in Absatz 2 des § 18 aufgestellten Regeln berechnen. Doch läßt sich für eine solche Analogie, selbst wenn das Gesetz diesen Fall nicht vorgesehen hatte, kein Anhalt finden.

Außerdem muß daran festgehalten werden, daß der vorliegende Fall im Absatz 3 des § 18 mit geregelt wird:

> „Ist ein solcher — d. h. nach Absatz 2 zu berechnender — Markt- oder Börsenpreis nicht zu ermitteln, so findet die Bestimmung des ersten Absatzes keine Anwendung." (§ 18 Abs. 3 KO.)

Der § 18 KO ist also in dem zuletzt behandelten Falle nur insofern maßgebend, als die durch Absatz 1 in Verbindung mit Abs. 2 getroffene Regelung durch den dritten Absatz für solche Fixgeschäfte, bei denen die Lieferungszeit auf den Tag der Konkurseröffnung oder auf den ersten Werktag nachher fällt, wieder ausgeschlossen wird.

Es tritt also auch hier die Regel des § 17 KO ein.

§ 19.

Schluß.

Die Fälle, in welchen die Lieferungszeit nach Eröffnung des Verfahrens vor dem zweiten Werktage nach Konkurseröffnung eintritt, unterliegen, wie wir gesehen haben, infolge der Festsetzung des Regulierungstages nicht der für Fixgeschäfte ihrer Natur entsprechend getroffenen Regelung.

Die Gründe für die Festlegung des Regulierungstages sind keine durchaus zwingenden[1]), sondern entspringen rein praktischen Erwägungen. Sie sind auch für solche Geschäfte, deren Stichtag am zweiten Werktage nach der Konkurseröffnung oder später eintritt, recht zweckmäßig.

In den erwähnten Fällen bedeutet es aber eine große Unbilligkeit, nicht auch die eine sofortige Abwickelung ermöglichende Auflösung in ein Differenzgeschäft eintreten zu lassen.

Nach der jetzigen Berechnung der Entschädigung erscheint dies, wie oben gezeigt, ausgeschlossen. Dies ließe sich ermöglichen, wenn man ganz allgemein als Regulierungstag den Tag der Konkurseröffnung festsetzte oder auch die behandelten Fälle von Absatz 3, der sie infolge der Berechnungsart mit umfaßt, ausnehmen wollte.

---

[1]) Jaeger, S. 222.

Die Gründe, welche die Motive dagegen anführen (der Gegner müsse in die Lage versetzt werden, das Deckungsgeschäft auch tatsächlich an dem gesetzlich für die Regulierung maßgebenden Tage abzuschließen. Die Konkurseröffnung erfolgt oft erst nach Schluß der Börse und werde selten vorher dem Gegner bekannt werden)[1]), werden von den Zweckmäßigkeitsgründen, welche für eine Regelung der genannten Fälle durch § 18 sprechen, bei weitem überwogen.

Es würde sich daher vielleicht empfehlen, hinter Absatz 2 des § 18 die Worte einzufügen:

„Tritt die Zeit oder der Ablauf der Frist zwischen der Eröffnung des Verfahrens und dem zweiten Werktage danach ein, so ist für die Bestimmung des Markt- oder Börsenpreises der Tag der Eröffnung des Verfahrens maßgebend."

Dadurch würden diese Fälle dem dritten Absatz des § 18 KO entzogen und fänden nach § 18 eine ihrer Natur entsprechende befriedigende Regelung.

---

[1]) bei Jaeger, S. 222.

Lebenslauf.

Am 24. Februar 1889 wurde ich, Curt Bräuer, zu Breslau als ältester Sohn des Kaufmanns Conrad Bräuer und Frau Wilhelmine, geb. Paetzold geboren. Ich bin preußischer Staatsangehöriger und gehöre ebenso wie meine Eltern der evangelischen Konfession an.

Ostern 1895 trat ich in die Vorschule des Gymnasiums und Realgymnasiums zum heiligen Geist in Breslau ein, dessen gymnasiale Abteilung ich absolvierte und das ich Ostern 1907 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Darauf studierte ich an den Universitäten Breslau und Greifswald sieben Semester Rechts- und Staatswissenschaften.

Am 26. Januar 1911 bestand ich bei dem Kgl. Oberlandesgericht Breslau die erste juristische Staatsprüfung mit dem Prädikat „gut" und am 7. Februar 1911 das examen rigorosum.

Am 8. März 1911 wurde ich als Referendar vereidigt und dem Kgl. Amtsgericht Militsch zu meiner Ausbildung überwiesen.

Seit dem 1. Oktober 1911 genüge ich meiner Dienstpflicht als Einjährig-Freiwilliger bei dem Feldartillerie-Regiment von Peucker (1. Schles.) Nr. 6.